

## Tilburg University

### Het hoger beroep

Groenhuijsen, M.S.; de Hullu, J.

*Published in:*

Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001

*Publication date:*

2002

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Groenhuijsen, M. S., & de Hullu, J. (2002). Het hoger beroep. In M. S. Groenhuijsen, & G. Knigge (Eds.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001* (pp. 329-435). (Sv 2001; No. 3). Kluwer.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### 3 Het hoger beroep<sup>1</sup>

*Prof. mr. M.S. Groenhuijsen & prof. mr. J. de Hullu*

#### 1 Schets van het geldend recht

##### 1.1 Inleiding

Het hoger beroep wordt volgens het geldende recht waarschijnlijk beschouwd als het meest vanzelfsprekende rechtsmiddel. Dat is wel eens anders geweest. Vooral aan het eind van de 19e eeuw waren er nogal wat tegenstanders van het hoger beroep.<sup>2</sup> Zij vreesden vooral voor een vertraging in de berechting en voor een – mede daardoor veroorzaakte – afname van de betrouwbaarheid van het beschikbare bewijsmateriaal. In dit opzicht werd door de ontwerpers van het wetboek van 1926 een echte knoop doorgemaakt. Er werd op principiële gronden een welbewuste keuze gemaakt voor het hoger beroep als centraal rechtsmiddel. In een veel geciteerde passage van de Memorie van Toelichting werd dit als volgt onder woorden gebracht:

‘de ondervinding heeft geleerd dat dikwijls herstel van fouten noodig blijkt, en waar het doel van het strafproces is, dat de schuldige worde gestraft, met inachtneming van alle voorzorgen, en dat onschuldige verdachten niet ten onrechte worden getroffen, moet de gelegenheid niet worden afgesloten om de juistheid en de volledigheid van eene beslissing des rechters nog in eene tweede instantie te doen overwegen.’<sup>3</sup>

Zowel de principiële grondslag van het hoger beroep – die in functie staat van het doel van het strafgeding – als de genoemde bezwaren die ertegen zijn ingebracht, zijn herkenbaar in de vormgeving en de wetstechnische uitwerking van het rechtsmiddel.

Teneinde onnodige of onredelijke vertraging zoveel mogelijk te voorkomen, werd gebruik gemaakt van het concentratiebeginsel: tegen vonnissen die geen einduitspraken zijn, is het appel slechts gelijktijdig met dat tegen de

1 De tekst van deze bijdrage is afgesloten per 1 april 2002.

2 Vgl. H.G.M. Krabbe, *Verzet en hoger beroep in strafzaken*, Alphen aan den Rijn, H.D. Tjeenk Willink 1983, p. 23; en M.S. Groenhuijsen & J. de Hullu, *Het stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken*, 3e druk, Nijmegen, Ars Aequi Libri 1994, p. 17.

3 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 148.

einduitspraak toegelaten.<sup>4</sup> Daarnaast zijn er ook bijzondere voorschriften opgenomen die een vlotte voortgang van het geding moeten stimuleren. Zo bepaalt art. 409 Sv dat de griffier na het instellen van hoger beroep ‘zo spoedig mogelijk’ de stukken moet opsturen naar zijn collega bij het gerechtshof. En ingevolge art. 412 Sv zou de voorzitter van het hof ‘zo mogelijk binnen acht dagen’ daarna de zaak moeten appointeren.

Het bevorderen van het doel van het strafgeding is eveneens in meerdere opzichten als achtergrond van de regeling te herkennen. Het hoger beroep is in principe opgezet als een geheel nieuwe behandeling van de strafzaak. De gedachte die daaraan ten grondslag ligt is dat twee opeenvolgende behandelingen betere resultaten kunnen opleveren dan een enkele afdoening in eerste aanleg.<sup>5</sup> Dit karakter van het rechtsmiddel is uitgewerkt in een voorschrift omtrent het onderwerp van het appel en in een bepaling omtrent de wijze van behandeling. Het onderwerp van het geding in beroep dient volgens de wetgever van 1926 in beginsel gelijk te zijn aan dat van de eerste aanleg. Dit blijkt onder andere uit het verbod van een partieel appel, zoals dat is neergelegd in art. 407 lid 1 Sv. De wetgever greep ter rechtvaardiging van deze keuze opnieuw terug op de doelstelling van het strafproces: ‘Waar de strafvervolgung ten doel heeft het vinden der materiële waarheid, kan de hogere rechter die de zaak onderzoekt, niet gebonden worden door beslissingen die hij onjuist acht of die gegrond zijn op feiten van welker bestaan hij niet overtuigd is (...)’.<sup>6</sup> Het principiële karakter van deze regeling wordt onderstreept door de strengheid waarmee de Hoge Raad daaraan de hand houdt: indien een (klein) onderdeel van de aangevochten beslissing bij het aanwenden van het rechtsmiddel buiten het beroep wordt gehouden, volgt niet-ontvankelijkheid in het gehele appel.<sup>7</sup> Daarmee is naar geldend recht bijvoorbeeld ook het veelbesproken strafmaatappel uitgesloten.<sup>8</sup>

De wijze van behandeling van een zaak in hoger beroep wordt beheerst door art. 415 Sv. Deze ‘schakelbepaling’ verklaart bijna alle voorschriften die voor behandeling en beraadslaging in eerste aanleg gelden van overeen-

4 Aldus de tekst van het huidige art. 406 Sv. Zie reeds art. 382 ORO.

5 Aldus ook Krabbe, *a.w.*, p. 24 en p. 26, die er op wijst dat de wetgever het appel niet heeft verdedigd met het argument dat de kwaliteit van de rechtspraak in hoger beroep op zichzelf beter zou zijn.

6 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, MvT op art. 383 ORO, ook aangehaald door Hantjens in *Melai c.s., Het Wetboek van Strafvordering*, aant. 2 op art. 407 (suppl. 36, febr. 1982), met nadere bronvermelding omtrent de omstreden vraag naar de toelaatbaarheid van partieel appel.

7 HR 29 maart 1988, *NJ* 1988, 878.

8 Wij komen hieronder – in par. 1.2 en 1.4 – nog afzonderlijk en uitvoeriger terug op het partieel appel.

komstige toepassing voor de appelrechter.<sup>9</sup> De meest zichtbare uitzondering op dit uitgangspunt werd gevormd door de bepalingen omtrent de wijziging van de telastelegging. Volgens de wetgever van 1926 zou de telastelegging in appel niet op voet van art. 313 en 314 Sv kunnen worden veranderd.<sup>10</sup> Sinds de wetwijziging van 1995 is hierin verandering gekomen.<sup>11</sup> Op de betekenis daarvan voor de systematische grondslag van de regeling van het hoger beroep komen wij hieronder nog terug.

Volgens de wetgever van 1926 moet de berechting in hoger beroep dus in beginsel worden gezien als een geheel nieuwe behandeling van de zaak. Maar het is niet zomaar een andere behandeling van de zaak door andere rechters. Het is ook een *voortzetting* van de strafrechtelijke procedure.<sup>12</sup> De omstandigheid dat er al in eerste aanleg een rechterlijke beslissing is geweest, werpt zijn schaduw vooruit. Het geding in hoger beroep heeft bijgevolg ook een zogenaamd 'bovenbouw'-karakter.<sup>13</sup> Dit brengt met zich mee dat het karakter van het appel als een geheel nieuwe behandeling van de zaak reeds volgens de opzet van het wetboek van 1926 in tenminste drie opzichten moet worden genuanceerd.

Ten eerste moet de appelrechter zich buigen over een aantal nieuwe vragen, die voor de rechter in eerste aanleg geheel niet aan de orde zijn. Als 'prealabele vragen' kunnen worden genoemd die naar de geldigheid van de appeldagvaarding, de ontvankelijkheid van het hoger beroep, de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in het licht van ontwikkelingen na de behandeling in eerste aanleg, en de bevoegdheid van de appelrechter.<sup>14</sup> En bovendien moet de beroepsrechter naast de vragen van art. 348 en 350 Sv zich ook buigen over de vraag of de bestreden beslissing (partieel) vernietigd moet worden of dient te worden bevestigd (art. 423 Sv). In zoverre is het appel dus ruimer of breder dan het geding in eerste aanleg.

Een tweede nuancering kan worden gelezen in art. 410 en 416 Sv. Volgens de eerstgenoemde bepaling kan de partij die in hoger beroep is gekomen binnen 14 dagen na het instellen daarvan een schriftuur indienen met grieven tegen het bestreden vonnis. De laatstgemelde bepaling voegt daaraan toe dat de appellerende verdachte na de voordracht van de zaak in appel door

9 J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken* (diss. Groningen), Arnhem, Gouda Quint 1989, p. 189.

10 Overigens wel op voet van art. 312 Sv, hetgeen niet geheel strookt met de grondgedachten achter het wetboek; vgl. J. de Hullu, *a.w.*, p. 189-190.

11 Wet van 14 september 1995, *Stb.* 441, in werking getreden op 2 november 1996.

12 H.G.M. Krabbe, *a.w.*, p. 113.

13 J. de Hullu, *a.w.*, p. 189.

14 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Straffprocesrecht*, 3e druk, Deventer, Gouda Quint 1999, p. 714.

de advocaat-generaal onmiddellijk de gelegenheid krijgt om zijn bezwaren tegen het betwiste vonnis kenbaar te maken. Uit deze voorzieningen kan worden afgeleid dat in het systeem van de wet besloten ligt dat de kwaliteit van het geding in hoger beroep mede wordt bevorderd door het debat te concentreren op de onderwerpen waarover de verdachte van mening verschilt met de eerst oordelende rechter.<sup>15</sup>

Een derde nuancering tenslotte op het uitgangspunt dat het onderzoek in appel een geheel nieuwe behandeling van de zaak oplevert kan worden gevonden in de bepaling van art. 422 Sv. In het eerste lid van dit artikel wordt voorgeschreven dat de beraadslaging door de appelrechter geschiedt naar aanleiding van zowel het onderzoek ter zitting in hoger beroep als van het onderzoek ter zitting in eerste aanleg. In de volgende artikelleden zijn enkele nadere uitwerkingen van dit beginsel neergelegd. Algemeen wordt aangenomen dat dit samenstel van regels kan worden gekarakteriseerd als een 'middenstelsel'. Aan de inhoud en de betekenis van dit stelsel is paragraaf 1.3 gewijd.

Alvorens aan die inhoudelijke bespreking van het middenstelsel toe te komen, moet evenwel nog melding worden gemaakt van twee ontwikkelingen die de oorspronkelijke opzet van het wettelijk systeem niet onberoerd hebben gelaten.

Wij stellen voorop dat de systematische uitgangspunten van de wetgever van 1926 omtrent de inrichting van het onderzoek ter terechtzitting voor de appelfase niet wezenlijk afwijken van die omtrent de eerste aanleg. Dat brengt meer in het bijzonder met zich mee dat de wetgever er van uit ging dat getuigen en deskundigen in beginsel ter zitting gehoord dienden te worden. De Memorie van Toelichting is in dit opzicht stellig en helder:

'De eerste en voornaamste waarborg voor een goed onderzoek in strafzaken is ongetwijfeld te vinden in een mondelinge behandeling, in het hooren van de getuigen en deskundigen door den rechter, die op hunne verklaringen zijne overtuiging moet vestigen: wat een getuige of deskundige zegt is zeker zeer belangrijk, maar van niet minder gewicht is, hoe hij het zegt, en de redenen van wetenschap, die in een proces-verbaal niet altijd volledig kunnen worden opgenomen en in de practijk zelfs menigmaal achterwege blijven, zijn voor de waardeering van eene getuigenis op haar juiste waarde, van het allergrootst belang.' En: 'Geen enkel deel der aanklacht dat door den verdachte in eerste aanleg is ontkend, zal derhalve in appel als bewezen

15 Daaraan doet niet af dat de appelrechter volgens vaste rechtspraak niet verplicht is om afzonderlijk te reageren op klachten die ex artt. 410 en 416 Sv zijn ingebracht. Zie o.a. HR 16 oktober 1962, *NJ* 1963, 7; HR 14 september 1981, *NJ* 1981, 666.

kunnen worden aangenomen op grond van verklaringen en deskundigen, tenzij deze persoonlijk door het Hof zullen zijn gehoord.<sup>16</sup>

De zogenaamde de auditu-jurisprudentie van de Hoge Raad heeft ook dit uitgangspunt wezenlijk in een ander licht geplaatst.<sup>17</sup> De wetgever heeft immers beproefd – het zal hieronder nog uitvoerig worden toegelicht – een afgewogen regeling te maken omtrent de verhouding tussen het onderzoek ter zitting in eerste aanleg en in appel. De afwegingen die in dat verband zijn gemaakt houden systematisch gezien geen rekening met de beschikbaarheid van voor het bewijs bestemde verklaringen die niet ter zitting in eerste aanleg, maar reeds gedurende het voorbereidend onderzoek zijn afgelegd. Het systeem van het wetboek biedt nauwelijks aanknopingspunten om met deze spanning om te gaan. In de volgende paragraaf zal worden besproken op welke wijze de rechtspraak een oplossing voor de daaruit voortvloeiende problemen heeft gezocht.

Een tweede ontwikkeling waarop moet worden gewezen betreft het *objectum litis*. Uitgangspunt van de wetgever van 1926 was dat de grondslag van het geding in appel zou moeten samenvallen met die van het onderzoek in eerste aanleg. De uitzondering van art. 312 Sv – het alsnog mondeling telasteleggen van strafverzwarende omstandigheden – is vanuit dit gezichtspunt nooit consistent te rechtvaardigen geweest.<sup>18</sup> Wat dat betreft is het wettelijk systeem verder ontregeld door de al genoemde wijziging in 1995, waardoor tegenwoordig ook de art. 313 en 314 Sv in hoger beroep van toepassing zijn. In de opzet van het wetboek moest de grondslag van het strafgeding definitief gefixeerd zijn voordat de verdediging in eerste aanleg aan het pleidooi begon. Door een wijziging van de telastelegging ook in appel mogelijk te maken heeft de wetgever een ogenschijnlijk kleine ingreep gepleegd<sup>19</sup>, die evenwel aanmerkelijke gevolgen kan hebben voor het functioneren van het dialoogkarakter van het strafgeding. Bij de huidige regeling kan de verdediging namelijk als het ware worden aangemoedigd om in een aantal gevallen relevante verweren niet reeds ter zitting in eerste aanleg te voeren, maar die te ‘bewaren’ tot de laatste fase van de appelbehandeling. Het is minst genomen de vraag in hoeverre het systematisch gezien raad-

16 Beide citaten ontleend aan G.J.M. Corstens, *a.w.*, p. 713.

17 Zie omtrent de systematische gevolgen van deze jurisprudentie ook ons eerste interim-rapport (p. 8) en het tweede interimrapport (p. 67 e.v., waar ook wordt gereageerd op andere interpretaties van de rechtspraak).

18 J. de Hullu, *a.w.*, p. 189, met verwijzing naar A. Tak, ‘Artikel 191 Wetboek van Strafvordering’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1896, p. 93-108.

19 Ogenschijnlijk klein, vanwege de binding aan het criterium van ‘hetzelfde feit’ als bedoeld in art. 68 Sr.

zaam is om het hoger beroep zó in te richten dat dergelijke consequenties onvermijdelijk zijn.

## *1.2 De (on)toelaatbaarheid van partieel appel*

In het Nederlandse stelsel geldt als uitgangspunt voor het hoger beroep dat in appel de strafzaak opnieuw wordt behandeld en beoordeeld. Maar kunnen de procespartijen hun hoger beroep ook beperken tot onderdelen of aspecten van de procedure of van het vonnis in eerste aanleg? Daardoor zouden de niet bestreden onderdelen in appel buiten beschouwing blijven en onherroepelijk worden. Dit is het vraagstuk van het partieel appel, dat bij de vormgeving van de wetgeving verschillende malen onderwerp van bespreking is geweest. De hoofdlijnen van de wetsgeschiedenis worden behandeld omdat daarin de verschillende in het geding zijnde argumenten naar voren komen.

Tot 1886 was er in de wet over dit vraagstuk niets geregeld. Dat leidde tot veel discussie en ook tot tegenstrijdige rechtspraak.<sup>20</sup> In het ontwerp, dat tot het herziene Wetboek van 1886 zou leiden, werd op dit punt voorgesteld: ‘Het beroep kan ook tegen een daarbij bepaald aan te wijzen gedeelte van het vonnis worden ingesteld.’ Als motivering voor het toelaten van partieel appel werd gegeven:

‘Hij, die tot het meerdere is gerechtigd, moet ook tot het mindere bevoegd zijn. Overbrenging, in ieder geval, der geheele zaak bij den hoogerem rechter, ook dan wanneer zoowel het openbaar ministerie als de beklaagde in een deel der uitspraak wenschen te berusten, zou hetgeen buiten geschil is, onnoodig andermaal in geschil brengen en aanleiding geven tot noodeloozen omslag. Wel is het doel der strafverdering dat de waarheid worde in het licht gesteld, maar juist dit doel moet geacht worden bereikt te zijn, wanneer de rechter eene beslissing heeft gegeven, waarin wordt berust. Nadeel is ook uit de toelating van het partieel appel niet te wachten want, wordt al van de eene zijde gedeeltelijk geappelleerd, het recht aan de andere zijde, om door ongelimiteerd appel de geheele zaak bij den hoogerem rechter over te brengen, blijft onverkort’.<sup>21</sup>

Dit voorstel werd door de Commissie van Rapporteurs en in de Tweede Kamer fel bestreden. Als belangrijkste argumenten tegen het toelaten van partieel appel werden daarbij naar voren gebracht, dat het appel uit zijn aard een geheel nieuw onderzoek met zich meebrengt en dat de appelrechter dan ook de zaak in zijn geheel moet kunnen beoordelen. Anders zou men hem ook ‘zeer dikwijls dwingen tegen zijne overtuiging te handelen, en vonnissen te

20 Zie L.N. Roodenburg, *Partieel appel*, Leiden 1890, p. 1-44.

21 Memorie van Toelichting, *Bijl. Hand. II* 1883-1884, 114, nr. 3, p. 41.

laten bestaan die hij in gemoede onrechtvaardig acht'. Daarnaast meende men dat beslissingen over onderdelen – en dan vooral over de straftoemeting – niet goed kunnen worden genomen, zonder de hele zaak te onderzoeken en te beoordelen. Tot slot werd opgemerkt dat het appel niet uitsluitend gegrond is op de belangen van de procespartijen, maar ook een aangelegenheid is 'die de openbare orde raakt'.<sup>22</sup> Bij de stemming werd de bepaling over het partieel appel geschrapt. Duidelijkheid verschaftte deze gang van zaken echter niet. De rechtspraak bleef na 1886 verdeeld, nu men vond dat er over de toelaatbaarheid van het partieel appel in de wet zelf niets was geregeld.<sup>23</sup>

Daarom werd in het ontwerp, dat uiteindelijk zou leiden tot het huidige Wetboek van Strafvordering, deze kwestie (nogmaals) beslist: partieel appel werd toen uitdrukkelijk niet toegelaten. De Memorie van Toelichting wijdde er een fundamentele, van actueel belang zijnde beschouwing aan:

'Waar de strafvervolgning ten doel heeft het vinden der materiele waarheid, kan de hogere rechter die de zaak onderzoekt, niet gebonden worden door beslissingen die hij onjuist acht of die gegrond zijn op feiten van welker bestaan hij niet overtuigd is en dit geldt ook dan – zij het in mindere mate – als meer strafbare feiten zijn te laste gelegd. Ook dan wordt door partieel appel inbreuk gemaakt op de ondeelbaarheid van het vonnis, daar de beslissing omtrent de straf noodwendig rekening heeft gehouden met de verschillende capita accusationis; praktische moeilijkheden zijn ook dan te duchten met name als in een vonnis over meerdere capita accusationis beslist is, doch uit hoofde van de bepalingen omtrent samenloop (...) slechts ééne straf is opgelegd. Nu er in het Ontwerp juist naar is gestreefd, een nauwgezet en volledig onderzoek ook in hooger beroep te waarborgen, behoort ook aan den rechter in hooger beroep gelegenheid te worden gegeven om over de tenlastelegging in haar geheel te kunnen beslissen.'<sup>24</sup>

Veel reactie lokte deze passage niet uit, maar desalniettemin werd 'na hernieuwde overweging' in het gewijzigd ontwerp voorgesteld om partieel appel toch toe te laten in gevoegde zaken. Het appel mocht in dergelijke gevallen worden beperkt 'tot eene of meer der gevoegde zaken'.<sup>25</sup> Het huidige art. 407 Sv is zo totstandgekomen. Voorstellen voor een aparte procedure

22 *Bijl. Hand. II* 1884-1885, 37, nr. 6, p. 61 en *HTK* 1885-1886, p. 286-291.

23 Zo oordeelde de Hoge Raad al weer op 22 oktober 1888 (W 5630), dat partieel appel toelaatbaar was, omdat 'weliswaar (...) in de Tweede Kamer der Staten Generaal de desbetreffende alinea is afgestemd, maar dat, al bleek ook uit de afstemming de wensch eener meerderheid in de Tweede Kamer, om het partieel appel niet toe te laten, deze niet tot een wetsbepaling heeft geleid'.

24 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 150.

25 Zie hierover het Verslag, *Bijl. Hand. II* 1917-1918, 77, nr. 1, p. 66; tegelijkertijd werd toen art. 423 lid 4 Sv voorgesteld als noodzakelijke aanvulling.



voor een bekende verdachte – die bijna per definitie vragen oproepen over een regeling voor partieel appel – hebben tot op heden onvoldoende draagvlak gekregen om echt in het parlement te worden besproken.<sup>26</sup>

Latere wetgeving over het sanctierecht heeft nog wel twee belangrijke consequenties voor de betekenis van art. 407 Sv in de hedendaagse strafprocedure. Wanneer de beslissing over de tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke veroordeling is gecombineerd met de vervolging voor een nieuw strafbaar feit, dan maakt de beslissing over de tenuitvoerlegging een geïntegreerd onderdeel uit van de rechterlijke uitspraak over de vervolging; de beslissing over de tenuitvoerlegging mag dan niet als een ‘gevoegde zaak’ in de zin van art. 407 lid 2 Sv worden beschouwd en beperkingen in het appel – hetzij tot de hoofdzaak hetzij tot de beslissing over de tenuitvoerlegging – zijn niet toelaatbaar.<sup>27</sup> Dat bevordert een samenhangende beslissing, maar is een regel die niet vanzelf spreekt wanneer de nadruk wordt gelegd op art. 407 lid 2 Sv over gevoegde zaken. De beslissing over een vordering tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is daarentegen niet geïntegreerd met de beslissing in de hoofdzaak. Dat betekent dat tegen de beslissing over ontneming apart appel moet worden ingesteld en dat de mogelijkheid van beperking juist vooropstaat.<sup>28</sup> Dat is evenmin vanzelfsprekend vanuit de aan art. 407 lid 1 Sv ten grondslag liggende gedachte dat de sanctiebeslissing één geheel vormt en wordt gebaseerd op het samenhangende beslissingsschema van art. 348 en 350 Sv.

In de *rechtspraak* wordt aan de regeling van art. 407 lid 2 Sv strak de hand gehouden. Wanneer bij het aanwenden van het hoger beroep een ongeoorloofde beperking wordt aangebracht, wordt de niet-ontvankelijkverklaring van het gehele appel uitgesproken. Dat geldt zowel ten aanzien van het OM als ten aanzien van de verdachte.<sup>29</sup> Ook kleine beperkingen worden niet geaccepteerd: zo werd zelfs de weinig ingrijpende in de appelakte voorkomende ‘aantekening dat het appel zich niet uitstrekt tot de gelaste teruggave van de inbeslaggenomen goederen’ niet aanvaardbaar geacht.<sup>30</sup> Beperkingen behoeven anderzijds niet per se binnen de beroepstermijn te worden

26 Zie G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1988-1992*, Arnhem 1993, p. 183-205, en *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 989 (nadien ingetrokken).

27 HR 19 oktober 1993, *NJ* 1994, 233.

28 Vgl. HR 26 oktober 1999, *NJ* 2000, 25.

29 Zie bijv. HR 25 juni 1928, *NJ* 1928, p. 1230, HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 655 m.nt. ThWvV en HR 19 oktober 1993, *NJ* 1994, 233.

30 HR 29 maart 1988, *NJ* 1988, 878.

aangebracht; ook ter zitting bestaat die mogelijkheid nog, naar men moet aannemen direct bij aanvang van de behandeling van het hoger beroep.<sup>31</sup>

Tot zover ons overzicht van het wettelijk stelsel en de toepassing daarvan in de rechtspraktijk. Een beoordeling van het geldende recht op dit punt vindt plaats in paragraaf 1.4 hieronder.

### 1.3 Het middenstelsel

In de literatuur is het algemeen gebruikelijk om de systematische grondslag van het onderzoek ter zitting in hoger beroep trefwoordsgewijs te karakteriseren als een ‘middenstelsel’. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat de appelrechter aan de ene kant gerechtigd is om gegevens uit het onderzoek in eerste aanleg over te nemen en ten grondslag te leggen aan zijn eigen beslissing, en aan de andere kant dat de beroepsrechter wel degelijk een eigen onderzoek moet verrichten en niet kan volstaan met een formele toetsing of fiattering van de verrichtingen van de rechter in eerste aanleg. Zo’n middenstelsel berust op een aantal – onvermijdelijk arbitraire – afwegingen. De belangen die op het spel staan kunnen in abstractie als volgt worden omschreven. Enerzijds heeft hoger beroep voor de appellerende partij alleen zin indien er een werkelijk onafhankelijk nieuw onderzoek plaatsheeft waarin ten gronde wordt gezien of de bezwaren tegen de in eerste aanleg gegeven beslissing steekhoudend zijn resp. of de eerste rechter de juiste beslissing heeft gegeven.<sup>32</sup> Maar anderzijds staat vast dat het in ieders belang kan zijn dat onweersproken en onweersprekelijke onderzoeksresultaten in hogere aanleg behouden mogen blijven.<sup>33</sup>

Naar geldend recht is de afweging van deze belangen op hoofdlijnen neergelegd in de art. 422, 417 en 418 Sv. Daaruit komen de volgende regels naar voren. Als uitgangspunt geldt dat de appelrechter de in eerste aanleg vergaarde bewijsmiddelen aan zijn eigen beslissing ten grondslag mag leggen (art. 422 lid 1 Sv). Voor verklaringen die ter zitting in eerste aanleg zijn afgelegd door getuigen en deskundigen geldt een apart regiem. Hebben die verklaringen betrekking op het bewijs van het telastegelegde feit – dus staan

31 HR 1 mei 1990, NJ 1990, 783.

32 Voor de goede orde merken we op dat de bezwaren uiteraard niet alleen betrekking kunnen hebben op de bestreden *beslissing*, maar ook op de *procedure* die in eerste aanleg tot die beslissing heeft geleid.

33 H.G.M. Krabbe, *a.w.*, p. 113, spreekt in dit verband over ‘een aantal werkbesparende maatregelen (...) in situaties waarin het herhalen van een nieuw onderzoek doelloos zou zijn’.

ze in verband met de beantwoording van de eerste vraag van art. 350 Sv – dan mag de appelrechter ze *niet* rechtstreeks gebruiken, *tenzij* (a) uit het proces-verbaal van de zitting in eerste aanleg blijkt dat die verklaringen daar door de verdachte niet zijn betwist (art. 422 lid 2 Sv), of (b) de verdachte in hoger beroep verstek laat gaan (art. 422 lid 3 Sv). Als de verklaringen betrekking hebben op enig ander beslispoint dan de bewijsvraag, dan kunnen ze weer gewoon op voet van het algemene uitgangspunt door de beroepsrechter worden gebruikt.<sup>34</sup> Daarnaast bestaat nog de mogelijkheid om de verklaringen van getuigen en deskundigen omtrent het bewijs te bezigen op voet van art. 418 Sv, waarin art. 322 lid 3 Sv van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.<sup>35</sup> Daarbij gaat het vooral om gevallen waarin met instemming van de betrokkenen (verdediging en Openbaar Ministerie) van het opnieuw horen wordt afgezien, of wanneer de getuige/deskundige is overleden of anderszins niet op de zitting in hoger beroep heeft kunnen verschijnen danwel weigert op die zitting een (nieuwe) verklaring af te leggen. Tenslotte bepaalt art. 417 Sv dat processen-verbaal, verslagen van deskundigen en andere stukken die in eerste aanleg zijn voorgelezen, ook voor de behandeling in hoger beroep als voorgelezen mogen worden aangemerkt. Dat betekent dat hernieuwde voorlezing (art. 301 jo. art. 415 Sv) achterwege mag blijven, tenzij de verdachte daarom vraagt.

Het middenstelsel is verder uitgewerkt en verfijnd in de jurisprudentie. De Hoge Raad is streng in zijn oordeel dat een appelrechter – buiten de uitzonderingen van lid 2 en lid 3 van art. 422 Sv – geen gebruik mag maken van bewijsrechtelijk belastende getuigenverklaringen die in eerste aanleg zijn afgelegd. Dat wordt bijvoorbeeld zelfs niet toegestaan wanneer de verdachte in hoger beroep bekent het telastegelegde feit te hebben begaan, en de appelrechter daarin – begrijpelijkerwijze – aanleiding ziet om de bewezenverklaring van de rechter in eerste aanleg te bevestigen.<sup>36</sup> Anderzijds brengen de hoofdregels van bewijsrecht sedert de *de auditu*-jurisprudentie met zich mee dat de appelrechter in zo'n geval *wel* mag terugvallen op de verklaringen die dezelfde getuige gedurende het voorbereidend onderzoek heeft afgelegd. Vanuit het gezichtspunt van een adequate rechtsbescherming is dit

34 Dit principiële verschil tussen verklaringen omtrent het bewijs en overige verklaringen valt niet rechtstreeks in de wet te lezen, maar komt naar voren in de jurisprudentie over art. 422 lid 1 jo. lid 2 Sv. Zie H.G.M. Krabbe, *a.w.*, p. 143; en nadien nog HR 29 april 1997, *NJ* 1997, 614 (m.nt. JR onder *NJ* 1997, 615), waarin het ging om een – betwiste – getuigenverklaring bij de verwerping van een beroep op noodweerexces.

35 De wetgever heeft hier overigens een technische fout gemaakt. Bedoeld moet zijn de regeling van art. 322 lid 3 *en* lid 4 Sv van overeenkomstige toepassing te verklaren; zie Knigge in zijn noot onder HR 1 februari 2001, *NJ* 2000, 348.

36 Zie o.a. HR 21 oktober 1980, *NJ* 1981, 103.

op zichzelf genomen merkwaardig. Het lijkt immers meer voor de hand te liggen om een verklaring te benutten die onder ede is afgelegd, ten overstaan van een rechter, waarbij verdediging en Openbaar Ministerie de gelegenheid hebben gehad om de getuige te ondervragen, dan een relaas dat is vastgelegd in het proces-verbaal van een opsporingsambtenaar, waarvan niet altijd vaststaat onder welke omstandigheden het tot stand is gekomen en waarvan de betrouwbaarheid bijgevolg moeilijker te beoordelen is. De Hoge Raad blijkt zich bewust te zijn van deze anomalie. Teneinde aan de scherpste kanten hiervan te ontkomen zijn twee strategieën ontwikkeld.

Ten eerste is het terugvallen op verklaringen die elders dan ter terechtzitting zijn afgelegd aan banden gelegd door niet in alle omstandigheden te accepteren dat een getuigenverhoor door opsporingsambtenaren wordt afgenomen.<sup>37</sup> Voor de onderhavige problematiek rond art. 422 Sv is vooral het arrest HR 5 december 1989, NJ 1990, 719 m.nt. Sch van belang. In deze zaak is de verdachte in eerste aanleg vrijgesproken. Het Openbaar Ministerie gaat in hoger beroep, waarna de officier van justitie een reeks van (potentiële) getuigen á charge laat horen door de politie. In appel betoogt de verdediging dat deze handelwijze in strijd is met het fair trial-beginsel van art. 6 EVRM en met de beginselen van behoorlijk procesrecht, nu de verdachte en diens raadsman daarvan niet in kennis zijn gesteld, laat staan dat zij zijn uitgenodigd de verhoren bij te wonen. Het OM stelt daar tegenover dat de zelfstandige opsporingsbevoegdheid van de officier van justitie ook in de appel-fase gewoon voortduurt. Het hof onderkent deze bevoegdheid, maar toetst de wijze waarop daarvan gebruik is gemaakt aan het EVRM en aan ongeschreven rechtsbeginselen. Het komt dan tot een aantal overwegingen, die wij integraal citeren omdat daaruit een goed beeld naar voren komt van de belangen en factoren die bij de onderhavige vragen op het spel staan:

- ‘a. door de nadere verhoren op te dragen aan de politie en na te laten de raadsman tot bijwoning daarvan uit te nodigen, is deze laatste getroffen in het gerechtvaardigd belang van de verdediging om controle en invloed uit te oefenen op de gang van die verhoren en de vastlegging daarvan in het proces-verbaal;
- b. niet valt in te zien waarom een nader verhoor door de politie de voorkeur verdient boven een nader verhoor ter terechtzitting in hoger beroep, dan wel door de rechter-commissaris na toepassing van art. 420 Sv, in welke beide gevallen evengenoemd belang van de verdediging gewaarborgd zou zijn; (...)

37 Zie omtrent de normering van de zogenoemde ‘parallelle opsporing’ in het algemeen reeds HR 2 juni 1987, NJ 1988, 180: voortzetting van het opsporingsonderzoek nadat de vervolgingsfase in begonnen is in strijd met beginselen van een behoorlijke procesvoering – en dus ontoelaatbaar – wanneer dit geschiedt met het doel om de verdachte in zijn verdediging te schaden.

e. (...) confrontatie van “getuigen” met standpunten van de verdachte en diens raadsman (zoals, naar het hof heeft vastgesteld, bij de nadere verhoren heeft plaatsgehad) is een wijze van verhoor waarbij de verdediging bij uitstek belang heeft aanwezig te zijn;

f. het belang van de verdediging om de beoogde nadere verhoren bij te wonen had in de onderhavige zaak ook in zoverre een bijzonder gewicht dat die verhoren delicaat zouden zijn op grond van de volgende omstandigheden:

- te verwachten viel dat de nader te horen “getuigen” á charge ermee bekend zouden zijn dat de verdachte door de rechtbank was vrijgesproken, en zich er van bewust zouden zijn dat de kans op een veroordeling in hoger beroep door de officier van justitie kennelijk (mede) afhankelijk werd geoordeeld van de mate waarin zij hun eerdere verklaringen zouden aanvullen;
- de nader te horen personen hadden zich blijkens hun eerdere verklaringen een overtuiging gevormd omtrent de vraag of de verdachte het ten laste gelegde feit had begaan, zodat het erop aan zou komen overtuiging en feitelijke grondslag daarvoor te scheiden en de mogelijke invloed te onderkennen van de overtuiging op de verklaring;
- de nader te horen personen waren nabije verwanten van de verdachte en het slachtoffer in deze (incest)zaak, en in sterke mate emotioneel daarbij betrokken;
- het nadere verhoor zou lopen over gebeurtenissen die zich (tenminste) circa 6 jaar eerder zouden hebben afgespeeld;

g. de officier van justitie heeft de nadere verhoren kennelijk van zoveel gewicht geacht dat hij te kennen had gegeven daar zelf bij aanwezig te willen zijn.’

Het hof komt op grond van deze overwegingen tot het oordeel dat de handelwijze van het Openbaar Ministerie onrechtmatig is geweest en dat de waarheidsvinding in hoger beroep daardoor aanmerkelijk is bemoeilijkt. Daarom wordt het OM niet-ontvankelijk verklaard in zijn vervolging. De Hoge Raad gaat vervolgens accoord met dit fraai gemotiveerde arrest. Uit art. 6 EVRM en uit beginselen van een behoorlijke procesorde kan voortvloeien, aldus de cassatierechter, dat in de omstandigheden als door het hof zijn vastgesteld het OM verplicht is de verdediging in de gelegenheid te stellen de verhoren bij te wonen.<sup>38</sup> Voor ons onderwerp is de beslissing van belang omdat duidelijk wordt dat een appelrechter niet zal mogen terugvallen op buiten de terechtzitting afgelegde belastende getuigenverklaringen indien die wijze van procesvoering al te ver afstaat van de grondgedachten achter het stelsel van art. 422 (jo. 322) Sv.

Het vraagstuk van de ‘omtrekkende’ beweging naar schriftelijke stukken, waardoor de strekking van het middenstelsel ernstig kan worden aan-

38 Overigens was dit ook het *eerste* arrest waarin het OM niet-ontvankelijk werd verklaard wegens een niet-redelijke en billijke afweging van in aanmerking komende belangen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Zie daarover de noot van Schalken onder het arrest.

getast,<sup>39</sup> is meer inhoudelijk aan de orde gekomen in het bekende ‘Checklist-arrest’ van 1 februari 1994.<sup>40</sup> In dit arrest geeft de Hoge Raad een aantal vuistregels omtrent het gebruik van verklaringen omtrent het bewijs die zijn vervat in ambtsedige processen-verbaal.<sup>41</sup> Gelet op het belang van het onderwerp, geven we de desbetreffende passages uit het arrest integraal weer, hier en daar onderbroken door een korte kanttekening of explicatie:

‘(i) In het licht van het EVRM is het gebruik voor het bewijs van een ambtsedig proces-verbaal voorzover inhoudende een niet ter terechtzitting afgelegde verdachte belastende verklaring niet zonder meer ongeoorloofd en in het bijzonder niet onverenigbaar met art. 6 lid 1, en lid 3, aanhef en onder *d*, EVRM.’

De Hoge Raad begint simpelweg met het bevestigen van het uitgangspunt – of de consequentie – van de *de auditu*-jurisprudentie. De hoofdregel van Nederlands bewijsrecht, dat de rechter in beginsel al het wettige bewijsmateriaal voor de bewijsvoering mag bezigen wat hem uit een oogpunt van betrouwbaarheid daartoe dienstig voorkomt, is niet in strijd met het verdragsrecht.

‘(ii) Van onverenigbaarheid als onder (i) bedoeld is in ieder geval geen sprake indien de verdediging in enig stadium van het geding, hetzij op de terechtzitting hetzij daarvoor, de gelegenheid heeft gehad om een dergelijke verklaring op haar betrouwbaarheid te toetsen en aan te vechten door de persoon die de verklaring heeft afgelegd als getuige te (doen) ondervragen. Van de verdediging mag in de regel het nodige initiatief daartoe worden verwacht. De enkele omstandigheid dat een getuige die voor een rechter is opgeroepen en aldaar is verschenen, weigert een verklaring af te leggen, brengt niet mee dat inbreuk wordt gemaakt op het door art. 6, lid 3, aanhef en onder *d*, EVRM gewaarborgde recht. Dat de rechter geen gijzeling van die getuige heeft bevolen doet daaraan niet af. Voorts is van ongeoorloofdheid als onder (i) bedoeld geen sprake indien genoemde gelegenheid heeft ontbroken, doch die verklaring in belangrijke mate steun vindt in andere bewijsmiddelen.’

Wij benadrukken dat het in deze overwegingen gaat om algemene regels, los van de specifieke situatie van het hoger beroep. Van onverenigbaarheid is

39 Aldus H.G.M. Krabbe, *a.w.*, p. 143, die terecht vaststelt dat het al dan niet horen van getuigen in hoger beroep weer een beleidsvraag voor de rechter is geworden, terwijl dat nu juist een situatie is waaraan in 1926 door het middenstelsel een einde moest worden gemaakt.

40 HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427 m.nt. C; een aanloop naar het oordeel dat hierin wordt uitgewerkt is reeds te vinden in HR 11 februari 1992, *NJ* 1993, 221 m.nt. C en HR 22 juni 1993, *NJ* 1994, 424 m.nt. C.

41 De kwestie van het gebruik van *anonieme* verklaringen wordt uitdrukkelijk door de Hoge Raad terzijde gelaten.

ook geen sprake als het ondervragingsrecht in het geheel niet is aangeboden of niet succesvol kon worden uitgeoefend, mits de door de getuige afgelegde verklaring *in belangrijke mate* steun vindt in andere bewijsmiddelen. Vervolgens omlijnt de Hoge Raad categorieën van situaties waarin de hoofdregel van bruikbaarheid van processen-verbaal uitzondering lijdt:

‘(iii-1) Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de zaak en de omstandigheid of en in hoeverre het telastegelegde feit door de verdachte wordt ontkend, kunnen beginselen van behoorlijke procesorde meebrengen dat het openbaar ministerie bepaalde personen als getuige ter terechtzitting dient te dagvaarden of op te roepen dan wel dat de rechter zodanige dagvaarding of oproeping ambtshalve dient te bevelen bij gebreke waarvan processen-verbaal voor zover inhoudende de door die personen in het opsporingsonderzoek afgelegde verklaringen niet tot het bewijs kunnen worden gebezigd.

(iii-2) Het onder (iii-1) overwogene zal in ieder geval gelden indien een ambtsedig proces-verbaal, inhoudend een in het opsporingsonderzoek afgelegde belastende verklaring van een persoon, het enige bewijsmiddel is waaruit verdachtes betrokkenheid bij het telastegelegde feit rechtstreeks kan volgen en die persoon nadien door een rechter is gehoord en ten overstaan van deze die verklaring heeft ingetrokken of een op essentiële punten ontlastende nadere verklaring heeft afgelegd, dan wel heeft geweigerd te verklaren omtrent de feiten en omstandigheden waarover hij eerder verklaard heeft. Indien dit is geschied ter gelegenheid van een verhoor van de bedoelde persoon door de rechter-commissaris behoort deze persoon ter terechtzitting in eerste aanleg en in geval van appel ook ter terechtzitting in hoger beroep als getuige te worden gedagvaard of opgeroepen, opdat de rechter zich door eigen waarneming van de getuige een oordeel zal kunnen vormen omtrent de betrouwbaarheid van diens verklaringen dan wel omtrent de redenen van diens weigering aldaar een verklaring af te leggen. Bedoelde persoon zal eveneens ter terechtzitting in hoger beroep als getuige moeten worden opgeroepen indien hij ter terechtzitting in eerste aanleg voor het eerst is teruggekomen op zijn eerder in het voorbereidend onderzoek afgelegde verklaring dan wel heeft geweigerd een verklaring af te leggen.

(iii-3) Indien in de onder (iii-2) omschreven gevallen een getuige, die ter terechtzitting is opgeroepen, hetzij aldaar verschijnt, hetzij aldaar niet verschijnt en verdere oproeping zinloos is gebleken, staat het de rechter vrij de in het opsporingsonderzoek afgelegde verklaring voor het bewijs te bezigen.’

*Soms* is de rechter verplicht – zelfs ambtshalve – de verschijning van de getuige ter zitting te bevelen (iii-1). Het *enige concrete* type situatie waarin dit het geval is, wordt genoemd in iii-2: indien zijn verklaring het enige rechtstreekse bewijsmiddel is *en* – dus cumulatief – die verklaring uit het vooronderzoek bij een rechter (dat kan ook de RC in het vooronderzoek zijn) is ingetrokken of gewijzigd (de weigering om te verklaren daaronder begrepen). Verschijnt de getuige niet ter zitting en is nadere oproeping zinloos, of wei-

gert hij ter zitting te verklaren, dan kan weer worden teruggegrepen naar de verklaring uit het vooronderzoek (iii-3).

Overzien we dit ‘stelsel’ van regels, dan valt op dat de Hoge Raad zeer terughoudend is in het uitsluiten van het gebruik van in processen-verbaal vastgelegde verklaringen die zijn afgelegd tegenover opsporingsambtenaren. Dit lijkt zich tot uitzonderingsgevallen te beperken. Van een wezenlijk redres van de ‘omtrekkende’ beweging die hierboven werd gesignaleerd – en die een belangrijke verstoring van het middenstelsel inhoudt – kan eigenlijk nauwelijks worden gesproken. Daar komt nog bij dat het uitgangspunt van de Hoge Raad in latere arresten zelfs nog lankmoediger is geformuleerd. In het zojuist weergegeven arrest werd nog aangenomen dat getuigenverklaringen uit het vooronderzoek mogen worden gebruikt, ook al is er voor de verdediging geen mogelijkheid tot confrontatie geweest, mits zo’n verklaring *in belangrijke mate* steun vindt in andere bewijsmiddelen. Later oordeelde de cassatierechter in het licht van meer recente jurisprudentie uit Straatsburg dat de kwalificatie *in belangrijke mate* ‘aldus moet worden begrepen dat reeds voldoende is als de betrokkenheid van de verdachte bij het hem tenlastegelegde feit wordt bevestigd door ander bewijsmateriaal. Als die betrokkenheid dus *in voldoende mate* steun vindt in andere bewijsmiddelen, staat art. 6 EVRM niet in de weg aan het gebruik tot het bewijs van zo’n – de verdachte belastende – verklaring’.<sup>42</sup> In ieder geval staat vast dat zo’n in het vooronderzoek afgelegde verklaring door de (appel)rechter mag worden gebruikt, zelfs wanneer deze materieel bezien het belangrijkste belastende bewijsmateriaal tegen de verdachte bevat.<sup>43</sup>

#### 1.4 Voorlopige beoordeling van het geldend recht

De huidige regeling van het hoger beroep omvat een royaal aantal onderwerpen. In de voorafgaande paragrafen is alleen ingegaan op die onderdelen, die vanuit systematisch oogpunt afzonderlijk de aandacht trekken. Verschillende meer specifieke regelingen – bijvoorbeeld omtrent de eenparigheidsregels van art. 424 Sv en de mogelijkheden tot *unus*-rechtspraak in appel – zullen verderop in dit deelrapport nog ter sprake komen.<sup>44</sup> Op gelijke wijze beperken we de voorlopige beoordeling van het geldende recht in deze paragraaf tot enkele hoofdlijnen. Ten eerste wordt het verbod van partieel hoger beroep uitvoerig geëvalueerd. Daarna staan we vanuit een systematische in-

42 HR 29 september 1998, *NJ* 1999, 74 m.nt. Kn

43 Zo ook Knigge in de noot onder het laatstvermelde arrest.

44 Zie hoofdstuk 4 omtrent de uitgangspunten voor een nieuwe regeling.



valshoek stil bij de wettelijke regeling en uitwerking van het zogenaamde ‘middenstelsel’ en de implicaties daarvan.

#### *A. Partieel appel*

In discussies in de literatuur heeft men zich doorgaans beperkt tot de eventuele mogelijkheid van partieel appel tegen de straftoemeting.<sup>45</sup> Voorstanders van die mogelijkheid baseren zich vooral op de praktijk, waar zowel de verdachte als het Openbaar Ministerie vaak uitsluitend bezwaren zouden hebben tegen de in eerste aanleg opgelegde sancties. Wanneer partieel appel tegen de straftoemeting mogelijk zou zijn, zou dat als voordeel opleveren ‘arbeidsbesparing vóór, tijdens en na de berechting in appel’, niet alleen omdat de vraagstelling in appel dan veel beperkter zou zijn, maar ook omdat de controle op de procedure in eerste aanleg dan voor een belangrijk deel achterwege zou kunnen blijven. De voorstanders van het partiële appel bleken in ieder geval de tegenstanders op de NJV-vergaderingen uit 1933 en 1938 niet te hebben overtuigd. Op beide vergaderingen werd in meerderheid tegen de mogelijkheid van partieel appel (tegen de strafmaat) gestemd.<sup>46</sup>

Hoe moet de wettelijke regeling van het partieel appel thans worden beoordeeld? Naar onze mening past het toelaten van het partiële appel in het algemeen niet bij het strafproces en bij het rechtsmiddel hoger beroep in strafzaken. De argumenten voor het partiële appel lijken meer toegesneden op het civiele proces. Bij de strafprocedure ligt de nadruk op ‘het vinden der materiele waarheid’, zoals dat in de Memorie van Toelichting bij het huidige Wetboek werd uitgedrukt.<sup>47</sup> Nu bij het hoger beroep de strafzaak in beginsel opnieuw wordt behandeld en beoordeeld – met eventueel extra aandacht voor omstreden punten – dient de appelrechter zich eveneens uit te (kunnen) spreken over de gehele strafzaak.<sup>48</sup> Anders bestaat ook de niet aanvaardbare mogelijkheid dat de appelrechter over de strafoplegging zou moeten oordelen, terwijl hij zelf de overtuiging voor de bewezenverklaring mist.

Hiermee samenhangend pleit tegen de mogelijkheid van partieel appel, dat de rechter in eerste en tweede aanleg moet beslissen op grondslag van de

45 Zie hierover bijv. L.W.M.M. Drabbe, ‘Partieel appel’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1967, p. 277-297; volgens hem heeft het alleen zin om te spreken over partieel appel tegen de strafmaat omdat andere vormen van partieel appel voor de verdachte ‘te gecompliceerd’ zijn.

46 In 1933 ‘met bijna algemene stemmen ontkennend’ (*HNJV* 1933 II, p. 231) en in 1938 bij zitten en opstaan ontkennend (*HNJV* 1938 II, p. 84).

47 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 150.

48 Daarom staan ook vrijspraken op onderdelen van een tenlastelegging in appel weer ter beoordeling van de appelrechter, HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 584.

vragen van de art. 348 en 350 Sv. De daar geformuleerde vragen horen bij elkaar en juist de gezamenlijke beantwoording van deze vragen moet de deugdelijkheid van de uiteindelijke beslissing bevorderen. Om deze redenen is ook het 'twee-fasenproces', waarbij bijvoorbeeld alleen de beslissing over de straftoemeting op een later tijdstip wordt genomen, onder de huidige wetgeving niet toegestaan.<sup>49</sup> Deze bevordering van de kwaliteit van de besluitvorming vinden wij een belangrijk argument tegen verandering van de huidige regeling. Tot slot kan tegen het partiële appel worden aangevoerd dat het de uniformerende en vooral de controlerende functies van het hoger beroep belemmert.

Naast deze dogmatische kanttekeningen staat ook een aantal praktische bezwaren aan de openstelling van partieel appel in de weg. De meeste voorstanders van het partiële appel willen bijvoorbeeld wel de mogelijkheid openlaten, dat de appelrechter – hetzij ambtshalve, hetzij bij nader inzien van de procespartijen – toch de hele zaak beoordeelt wanneer daarvoor redenen zijn. Dat leidt – naar het zich laat aanzien onvermijdelijk – tot gecompliceerde regelgeving.<sup>50</sup> De voorstellen die in de jaren negentig van de vorige eeuw zijn gedaan door de Commissie-Moons en Minister van Justitie Hirsch Ballin geven daar nog een goede illustratie van.<sup>51</sup>

Het voornaamste praktische bezwaar tegen partieel appel lijkt echter gelegen in de onaantrekkelijkheid ervan voor met name de verdachte. Waarom zou hij immers zijn appel tot de strafmaat beperken, wanneer hij bij een onbeperkt aangewend appel de kans loopt helemaal geen straf te krijgen, omdat bijvoorbeeld de appelrechter het tenlastegelegde niet bewezen acht? Indien er met andere woorden geen 'premie' wordt gezet op partieel appelleren, zullen verdachten dat nauwelijks doen. Deze kwestie is door verschillende voorstanders van het partiële appel onder ogen gezien en heeft ook tot verschillende suggesties voor premies geleid. Zo gaf Muller<sup>52</sup> in overweging een verschillend griffierecht te heffen al naar gelang het hoger beroep tegen het vonnis in zijn geheel dan wel uitsluitend tegen de strafmaat was gericht, en propageerde Veegens de regeling dat een verdachte in appel niet zwaarder kon worden gestraft, wanneer alleen hij appelleerde én hij daarbij zijn appel

49 Zie bijv. HR 19 februari 1985, *NJ* 1985, 649 m.nt. ThWvV. De ontnemingsprocedure vormt hier een uitzondering op.

50 Zie bijv. de oplossingen van de pre-adviseurs D.J. Veegens en J.M. van Bemmelen, *HNJV* 1938-I, p. 18, 19 en 49-51.

51 Zie G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1988-1992*, Arnhem 1993, p. 183-205, en *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 989 (nadien ingetrokken).

52 N. Muller, 'Over het bezuinigingsrapport Weller', *Maandblad voor Berechtting en Reclasseering* 1932, p. 272.

beperkte tot de strafmaat.<sup>53</sup> Hier dreigt een soort ruilhandel, die niet gewenst lijkt. Daarmee wordt bijvoorbeeld de belangrijke keuzevrijheid met betrekking tot het instellen van rechtsmiddelen onder druk gezet.

Zonder premieregeling is het vraagstuk van het partiële appel tegen de strafmaat nogal theoretisch van aard. Maar elke mogelijke 'premieregeling' zal vermoedelijk een oneigenlijk karakter dragen. Premieregelingen kunnen bovendien appel van de verdachte uitlokken, zeker wanneer de risico's worden beperkt, maar dan heeft partieel appel als middel ter bevordering van de doelmatigheid geen zin. Daarnaast is denkbaar dat zulke voorzieningen volgappellen bij het OM stimuleren – wanneer een OM-appel tot gevolg zou hebben dat de premie vervalt, zoals thans reeds bij art. 424 lid 2 en 3 Sv aan de orde kan zijn.

Het minst oneigenlijk lijkt bij de huidige opvattingen over het strafproces en bij de nadruk op een contradictoir geding uit dit onderzoeksproject een eventuele koppeling met het indienen van een schriftuur: zonder schriftuur partieel appel tegen de strafmaat, met schriftuur een ruimer appel, ook gericht tot de onderdelen waartegen bezwaar is gemaakt (en alles wat daarop voortbouwt). De bestuursrechtelijke ervaringen op dit punt stemmen overigens tot terughoudendheid bij zo'n idee: er blijkt van burgers weinig specifiek en gemotiveerd te worden en te kunnen worden gevraagd in dit verband, terwijl bij een niet-vrijblijvend schriftuurvereiste daarnaast aparte regelgeving nodig is voor gebrekkig ingediende schrifturen (hetgeen per saldo de bevordering van de doelmatigheid kwestieus maakt).<sup>54</sup>

Maar in dit verband komt nog een ander praktisch probleem naar boven dat voorstellen voor een partieel appel of voor een niet-vrijblijvend grievenstelsel in een moeilijk daglicht plaatst: dergelijke voorstellen veronderstellen dat binnen de beroepstermijn de stukken uit het geding in eerste aanleg volledig zijn uitgewerkt. Alleen wanneer aan die basisvoorwaarde is voldaan kan immers in redelijkheid van de procespartijen gevraagd worden een berekeneerde keuze met consequenties te maken over een specificatie in het appel. Anders weet de betrokken procespartij immers niet wat hij inlevert of aanvaardt bij een partieel appel. Juist het algemene karakter van het appel naar Nederlands recht was ook voor het Straatsburgse Hof reden om niet te

53 D.J. Veegens, *HNV 1938-I*, p. 19, 20; later ondersteund door L.W.M.M. Drabbe, 'Partieel appel', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1967, p. 296, 297 en J.C.M. Leijten, 'Overpeinzingen van een andersdenkende', *NJB* 1987, p. 1454. Veegens merkt ook op dat justitie de partieel appellerende verdachte 'met wat meer voorkomendheid tegemoet treden' moet, waarbij hij in ieder geval aan de regel denkt dat wanneer zo'n 'verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt zijn hoger beroep zo spoedig mogelijk wordt behandeld'.

54 Hierover nader H.K. Elzinga, *In Beroep* (diss. Tilburg), Deventer 1998, p. 336-338.

vallen over de kop-staart-praktijk, zoals onlangs in het arrest-Zoon tegen Nederland van 7 december 2000 NJ 2001, 558 m.nt. PMe werd uitgemaakt:

‘Het Hof stelt vast dat een beroepsprocedure naar Nederlands strafprocesrecht niet gericht is tegen de uitspraak van de rechter in eerste instantie, maar tegen de aanklacht tegen de verdachte. De rechter in hoger beroep zal opnieuw de feiten vaststellen en een waardering geven van de toepasselijke wetgeving. In dat licht bezien konden de advocaten van Zoon, naar de mening van het Hof, een oordeel vellen over de wenselijkheid van het al dan niet instellen van hoger beroep op basis van het voorhanden zijnde kop-staart vonnis.’<sup>55</sup>

Belangrijk voor de beoordeling van voorstellen voor partieel appel is ook dat er in onze opvatting betere alternatieven zijn voor de reële wens om het appel vooral te concentreren op de onderdelen die werkelijk in geding zijn. De procedure in appel kan, in de lijn van de algemene uitgangspunten van dit onderzoeksproject, worden geconcentreerd op onderwerpen die partijen aandragen en waarover meningsverschil bestaat – zonder dat dit leidt tot een formele uitsluiting van de beslissingsbevoegdheid van de appelrechter over de andere vragen van de strafzaak. De appelprocedure kent in dit verband nu al diverse voorzieningen en mogelijkheden die in onze voorstellen nader worden uitgebouwd (zie nader paragraaf 4.3).

Ook voorafgaand aan de zitting in appel kan al door een meer vrijblijvende en minder rigide methode dan door partieel appel op moeilijke punten worden geanticipeerd. Van oudsher bestaat in dit verband de mogelijkheid voor de appellerende procespartijen om een appelschriftuur in te dienen. Die bevoegdheid wordt door het OM zeer regelmatig gebruikt en dat mag ook eigenlijk wel van het OM worden gevergd. De verdachte maakt er nauwelijks gebruik van en dat is begrijpelijk nu voor hem niet goed valt in te zien om welke reden hij die moeite zou nemen.

Wellicht zijn hier praktische verbeteringen mogelijk. Vermeldenswaard is in dit verband het praktijkexperiment met een ‘bezwarenformulier’ dat bij het Hof Den Bosch wordt uitgevoerd in overleg met vertegenwoordigers van advocatuur, OM en de gerechten uit de eerste aanleg. De griffie probeert hier van de appellerende procespartijen informatie te verkrijgen over de vraag waar het appel zich wat hen betreft vooral op richt en over wensen om getuigen te doen horen. Dit vrijblijvende en op vrijwilligheid gebaseerde vooronderzoek leidde in de tijd die werd onderzocht tot een bijna maximale medewerking. Zo’n praktijk zou binnen het geldende wettelijke stelsel voor alle

55 Een vergelijkbare redenering is te vinden in HR 17 september 1990, NJ 1991, 12.

partijen winst kunnen opleveren (voor de verdachte: snellere afdoening en minder kans op wachttijd door uitgelopen zittingen).<sup>56</sup>

In onze ogen kunnen derhalve zowel voorafgaand aan de zitting als ter zitting doelmatigheid en het zoeken naar materiële waarheid op een evenwichtige wijze worden nagestreefd met handhaving van het principieel juiste verbod op partieel appel.

De huidige wettelijke regeling lijkt derhalve de meest wenselijke. Dat daarbij voor gevoegde zaken een uitzondering wordt gemaakt, waardoor het appel mag worden beperkt tot een of meer gevoegde zaken, komt juist voor. Het is immers tot op zekere hoogte toevallig of verschillende zaken gevoegd worden aangebracht of niet. Het is naar geldend recht ook niet uitgesloten dat tegen verschillende gevoegde zaken verschillende rechtsmiddelen openstaan.<sup>57</sup> Bij subsidiaire tenlasteleggingen, waarbij de verdachte veroordeeld is voor het (eventueel meer) subsidiaire deel, kan het verbod van partieel appel voor de verdachte moeilijk zijn, omdat hij met het aanwenden van appel voor hem gunstige uitspraken over eerdere onderdelen van de subsidiaire tenlastelegging ook aan een nieuwe beoordeling onderwerpt. Bovendien verliest dan het centrale argument tegen partieel appel – materiële waarheidsvinding op basis van een integrale beslissing over de vragen van art. 348 en 350 Sv – aan kracht. Toch kunnen het dominus litis-beginsel en het karakter van de subsidiaire tenlastelegging het verbod op partieel appel bij subsidiaire tenlasteleggingen deze consequentie in onze ogen dragen.<sup>58</sup> Anders zou er ook spanning met het ne bis in idem-beginsel kunnen ontstaan.<sup>59</sup>

De bezwaren tegen het partiële appel gelden nauwelijks bij gevoegde zaken, omdat deze vorm van partieel appel aan een volledige, geconcentreerde beoordeling van de verschillende zaken in appel niet in de weg staat. Alleen over de strafmaat kan men opmerken, dat die mede op basis van de gehele tenlastelegging met de verschillende gevoegde zaken wordt be-

56 P.A.M. Hendriks, 'Het grievenstelsel in strafzaken: een praktijkverslag', *Trema* 1999, p. 285, 286; vgl. ook de oproep tot een grievenstelsel in: *Signalement van de rechtspraak bij de vijf gerechtshoven 1996/97*, z.j., p. 25.

57 Vgl. HR 11 juni 1996, *NJ* 1996, 700.

58 Bovendien kan het OM tegenwoordig ook in appel een vordering tot wijziging van de tenlastelegging indienen, bijvoorbeeld tot het toevoegen van subsidiaire varianten.

59 Bijvoorbeeld in het geval van een vrijspraak voor een primair tenlastegelegde doodslag en een partieel appel tegen een veroordeling voor de subsidiair tenlastegelegde zware mishandeling met dodelijk gevolg. Dit bezwaar speelt minder bij een oneigenlijke subsidiaire tenlastelegging waarbij het primaire en het subsidiaire gedeelte niet op 'hetzelfde feit' betrekking hebben.

paald.<sup>60</sup> Dit is zeker het geval met de geldende regeling van de meerdaadse samenloop, die in een aantal gevallen met zich meebrengt dat er bij gevoegde zaken één straf wordt uitgesproken. Dan leidt de mogelijkheid van partieel appel tot potentiële moeilijkheden, bijvoorbeeld bij de toepassing van art. 423 lid 4 Sv.<sup>61</sup> Misschien moet de samenloopregeling op dit punt worden herzien – strafoplegging per gevoegd feit zou vooropgesteld kunnen worden – maar een doorslaggevend argument tegen partieel appel van gevoegde zaken levert het naar onze mening niet op.

Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid van partieel cassatieberoep (art. 429 Sv) of van een partiële vernietiging door de Hoge Raad (bijvoorbeeld ten aanzien van de strafoplegging). In dergelijke zaken kan na cassatie en terug- of verwijzing naar de feitenrechter in feite een soort partieel appel ontstaan. Dat is echter een noodzakelijke consequentie van de mogelijkheid van partieel cassatieberoep die aanvaardbaar is als het partiële cassatieberoep een hechte grondslag heeft. Bovendien gaat het hier om uitzonderlijke gevallen en om een bijzonder soort partieel appel: nu zowel de appelrechter in volle omvang de zaak heeft beoordeeld en vervolgens de cassatierechter een gedeelte van de zaak, is het minder bezwaarlijk dat de ‘tweede appelrechter’ een beperkt hoger beroep beoordeelt.

Welke consequentie moet aan het niet-naleven van art. 407 lid 2 Sv worden verbonden? Hierboven bleek dat in de rechtspraak aan een ongeoorloofde beperking de sanctie niet-ontvankelijkverklaring in het hele hoger beroep wordt verbonden. Dat is een harde en rigide sanctie, bijvoorbeeld in het licht van de conversie-jurisprudentie waar de uiteindelijke bedoeling van de verdachte bij het aanwenden van een rechtsmiddel centraal is gesteld en de verdachte niet onnodig door formele drempels wordt afgehouden van onder meer zijn hoger beroepsrecht.<sup>62</sup> Zeker wanneer de verdachte op de appelzitting in rechte verschijnt, is denkbaar dat het ongeoorloofde karakter van de beperking in het appel aan de orde wordt gesteld en aan de verdachte de keuze wordt gelaten om de beperking te laten vallen of om zijn hoger beroep in te trekken. Dat zou ook sporen met de huidige rechtspraak over het instellen van rechtsmiddelen tegen tussenuitspraken, waarbij de processuele opstelling ter zitting mede van belang is.<sup>63</sup> De appelrechter zou er bovendien

60 Vgl. ook J.M. van Bemmelen, *HNJV* 1938-I, p. 48, 49.

61 Zie over dergelijke complicaties met art. 423 lid 4 Sv H.G.M. Krabbe, *Verzet en hoger beroep in strafzaken*, Alphen aan den Rijn 1983, p. 196-200, HR 18 september 1989, *NJ* 1990, 59 m.nt. ThWvV en HR 9 mei 2000, *NJ* 2000, 646 m.nt. Sch.

62 In deze zin Van Veen in zijn noot onder HR 27 maart 1990, *NJ* 1990, 655.

63 HR 10 januari 1989, *NJ* 1989, 516, HR 21 maart 1989, *NJ* 1989, 865 m.nt. ThWvV en →

vanuit kunnen gaan dat de bedoeling om hoger beroep in te stellen domineert en de beperking om die reden als hoofdlijn buiten beschouwing te laten.<sup>64</sup> Dat zou zeker bij meer marginale beperkingen (zoals wanneer een last tot teruggave buiten het appel is gehouden) tot redelijke resultaten kunnen leiden. Wanneer een procespartij daar moeite mee heeft, kan deze daarop gepast reageren door het appel direct in te trekken.

*B. Het karakter van het appel; het middenstelsel c.a.*

De algemene aanleiding tot het onderzoeksproject Strafvordering 2001 is gelegen in de omstandigheid dat het bestaande wetboek een ontoereikende systematische samenhang vertoont. Te vaak, zo meldden wij in ons eerste interimrapport, moet het geldende recht door de wetstoepasser gereconstrueerd worden uit een groot aantal incidentele wettelijke voorzieningen en jurisprudentiële oplossingen die elkaar verdringen en overwoekeren. Dit blijkt in opvallende mate ook het geval te zijn ten aanzien van de centrale vraag in hoeverre het hoger beroep leidt tot een nieuwe behandeling van de zaak dan wel een voortzetting is van de behandeling in eerste aanleg. Het antwoord op deze vraag doortrekt alle onderdelen van de wettelijke regeling. Het is van belang voor de vraag hoe een appelzitting moet worden ingericht (thans art. 415 Sv); het heeft gevolgen voor de vraag welke gegevens die in eerste aanleg zijn geproduceerd, ten grondslag mogen worden gelegd aan de beslissing van de beroepsrechter (zie art. 422 Sv); en het raakt het bereik van de mogelijkheden van de appelrechter om de zaak zelf af te doen (thans art. 423 Sv). Wij stellen vast dat de ontwerpers van het huidige wetboek niet in alle opzichten een duidelijke keuze hebben gemaakt omtrent de vraag naar het zojuist bedoelde karakter van het hoger beroep. Voorts leidt het voorafgaande overzicht tot de slotsom dat voorzover de ontwerpers van het wetboek wél een duidelijke keuze hebben gemaakt, deze niet consequent is gerespecteerd door latere incidentele regelgeving en door de jurisprudentie. Wij stippen kort aan tot welke systematische discongruenties dit heeft geleid.

Voor wat betreft de behandeling van het hoger beroep ter terechtzitting, is het van het grootste belang dat het wettelijke uitgangspunt van oraliteit al snel is achterhaald door de effecten van de *de auditu*-jurisprudentie. Getuigen worden in hoger beroep betrekkelijk weinig opgeroepen en gehoord; de appelrechter valt veelal terug op de verklaringen die zij hebben afgelegd, hetzij gedurende het vooronderzoek, hetzij tijdens de zitting in eerste aanleg.

←

HR 16 april 1996, *NJ* 1997, 331.

64 Deze werkwijze werd ten aanzien van het OM gevolgd in HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 144, maar werd niet expliciet ter toetsing aan de Hoge Raad voorgelegd.

En hij heeft dan vrijwel altijd de vrije keuze tussen deze twee mogelijkheden. In de woorden ‘vrijwel altijd’ schuilt een groot systematisch tekort.

Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming is het moeilijk te begrijpen dat de beroepsrechter in de omstandigheden van art. 422 lid 1 jo. lid 2 Sv wel de in het vooronderzoek afgelegde verklaringen aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen, maar niet mag terugvallen op dezelfde verklaring die in eerste aanleg is afgelegd en aldaar door de verdediging is gecontesteerd. Dit is niet rationeel. De verklaring die ter zitting is afgelegd valt onder het verband van de eed (of de belofte), is in het bijzijn van de verdediging afgelegd, is mogelijk getest door het stellen van kritische vragen zijdens de verdediging, en is vervolgens door een rechter op betrouwbaarheid beoordeeld. Voor de verklaring afgelegd gedurende het voorbereidend onderzoek is veelal géén van deze waarborgen van toepassing. Machielse spreekt in dit verband dan ook van een ‘ongerijmdheid’<sup>65</sup>; Knigge noemt de discrepantie een ‘anachronisme’.<sup>66</sup>

De willekeur wordt nog vergroot door de omstandigheid dat dit regiem alleen geldt voor een beperkte categorie verklaringen: namelijk die betrekking hebben op de eerste vraag van art. 350 Sv. Slechts de in eerste aanleg betwiste verklaringen ‘omtrent het bewijs’ mogen niet worden overgenomen. In de vorige paragraaf hebben we al gezien dat deze beperking niet rechtstreeks in de wet is te lezen, maar berust op een interpretatie van de Hoge Raad. Wat is de systematische overweging die aan deze selectieve lezing ten grondslag ligt? Vanuit een dergelijk oogpunt ligt het veel meer voor de hand om onderscheid te maken tussen belastende en ontlastende verklaringen. Evenzeer kan verschil worden gemaakt tussen verklaringen die betwist zijn en verklaringen die niet worden bestreden. Maar in het verband van art. 422 Sv kan niet worden ingezien dat er een relevant verschil bestaat tussen omstreden verklaringen omtrent de bewijsvraag enerzijds en verklaringen op grond waarvan bijvoorbeeld exceptieve verweren worden verworpen anderzijds.<sup>67</sup>

65 Conclusie A-G Machielse bij HR 15 april 1997, *NJ* 1997, 615 m.nt. JR.

66 G. Knigge, ‘Over inzichtelijke wetssystematiek: opmerkingen naar aanleiding van wetsontwerp 24692’, *D&D* 1996, p. 996.

67 Zoals het geval was in het reeds genoemde HR 29 april 1997, *NJ* 1997, 614. Bezwaren tegen dit onderdeel van het geldende recht worden naar voren gebracht door J. de Hullu, *a.w.*, p. 197; en M.S. Groenhuijsen, ‘Naar een geïntegreerde herziening van het Wetboek van Strafvordering’, in: D.R. Doorenbos, R.J. Verweij, *Hercodificatie Wetboek van Strafvordering*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 1991, p. 43.



De evenbedoelde verklaringen omtrent het bewijs mogen door de appelrechter niet worden gebruikt voorzover zij in eerste aanleg zijn betwist.<sup>68</sup> Het procesverloop in hoger beroep wordt derhalve mede bepaald door de proceshouding van de verdachte. Dat is een gedachte die ons aanspreekt. Maar ook deze gedachte wordt niet consequent doorgevoerd. Men zou immers verwachten dat de betwiste verklaringen weer wel door de appelrechter mogen worden gebruikt indien de verdachte *in hoger beroep* alsnog accoord gaat met de inhoud daarvan. Maar daarvan is naar geldend recht geen sprake. De hoofdregel van art. 422 lid 1 Sv mist alsdan toepassing; de verklaring kan hooguit langs de omweg van art. 418 jo. art. 322 Sv een rol spelen.

De proceshouding van de verdachte speelt naar geldend recht in nog een ander opzicht een rol. Het derde lid van art. 422 Sv bepaalt dat in eerste aanleg betwiste getuigenverklaringen omtrent het bewijs toch door de appelrechter mogen worden gebruikt indien de verdachte in hoger beroep verstek laat gaan. Bij dit voorschrift kunnen verschillende kanttekeningen worden geplaatst. Het is duidelijk dat de wetgever geen helder idee heeft gehad omtrent de invloed die van de proceshouding van de verdachte mag uitgaan. Zo laat zich moeilijk verklaren waarom de aanvankelijk omstreden verklaring *wel* mag worden gebruikt door de beroepsrechter als de verdachte in tweede instantie absent is, maar *niet* als hij wel verschijnt en alsnog instemt met de eerder afgelegde verklaring. De willekeur die hiervan het gevolg is, wordt nog versterkt als we de blik richten op situaties waarin het bijna van toeval afhankelijk is of de zaak in hoger beroep al dan niet bij verstek wordt behandeld.<sup>69</sup>

Vanuit een meer principiële invalshoek laat zich overigens de vraag stellen of de bepaling van art. 422 lid 3 Sv past in het oorspronkelijke c.q. het bestaande systeem van het wetboek. Wij menen van niet, en wel om een aantal samenhangende redenen. Naar *geldend* recht heeft een verdachte steeds de mogelijkheid om in vrijheid te beslissen of hij de zitting al dan niet wenst bij te wonen. In het vigerende systeem van strafvordering is er geen

68 De wettelijke formulering is nog iets strikter, maar dat doet voor het onderhavige be-  
toog niet ter zake.

69 Een mooi voorbeeld is de situatie die wordt beschreven in de conclusie van A-G Machielse bij HR 15 april 1997, *NJ* 1997, 615. De verdachte verschijnt in hoger beroep op de dagvaarding. Dan is de behandeling er een op tegenspraak, wat er verder ook gebeurt. Art. 422 lid 3 Sv is niet van toepassing. De zaak wordt aangehouden, de oproeping voor de nieuwe zitting wordt de verdachte in persoon uitgereikt. Hij verschijnt niet. Het hof begint een nieuwe behandeling wegens gewijzigde samenstelling. Als de verdachte de eerste keer op de dagvaarding niet was verschenen, zou de zaak bij verstek zijn behandeld en zou art. 422 lid 3 Sv wel van toepassing zijn geweest. Machielse: 'Een reden voor dit onderscheid is tegenwoordig moeilijk te bedenken.'

enkel ander voorschrift te vinden waarin de verdachte die verkiest om verstek te laten gaan een vaststaand en calculeerbaar nadeel van die proceshouding ondervindt.<sup>70</sup> Anders gezegd: in het stelsel van het wetboek van 1926 is een premie op aanwezigheid moeilijk in te passen, en mag aan afwezigheid niet op de aangegeven wijze een vermoeden van onverschilligheid worden ontleend. Systematisch bezien pleit ook de afschaffing van het verzet tegen beslissingen die in appel bij verstek zijn gewezen tegen art. 422 lid 3 Sv: vóór 1935 was nog redres door een feitenrechter mogelijk voor de teleurgestelde verdachte, tegenwoordig niet meer, aangezien de cassatierechter niet op gelijke wijze vat heeft op de hierbedoelde bewijsvragen. En tenslotte levert ook de regeling van art. 418 jo. art. 322 Sv een zwaarwegend wetssysteem argument op tegen de constructie van art. 422 lid 3 Sv. De conclusie kan dan ook geen andere zijn dan dat de wetgever de appelfase niet heeft geregeld vanuit een heldere visie op de betekenis van de proceshouding van de verdachte, meer in het bijzonder niet vanuit een doordacht idee omtrent de invloed van de aan- respectievelijk afwezigheid van de verdachte ter terechtzitting. In het licht van de gereleveerde anomalieën en bezwaren komt Reijntjes tot de slotsom dat een herbezinning nodig is op het nut van voorschriften als art. 322 en art. 422 tweede en derde lid Sv: 'zij lijken hun materiële belang te hebben verloren en te zijn verworpen tot een formele sta-in-de-weg'.<sup>71</sup>

Hierboven is gewezen op de functie van de art. 410 en 416 Sv in het verband van het hoger beroep. Een aanvullende opmerking over deze voorschriften vanuit systematisch perspectief is op z'n plaats.

In de literatuur is wel verdedigd dat de bepaling van art. 410 Sv twee belangen dient.<sup>72</sup> Het indienen van een schriftuur met grieven geeft enerzijds de partijen gelegenheid tijdig van elkaars standpunt kennis te nemen, waardoor zij zich beter op het geding in hoger beroep kunnen voorbereiden. Anderzijds dient het artikel een doelmatig verloop van het rechtsgeding, omdat met behulp van de ingediende schriftuur 'de daarin nader aangewezen onderdelen of aspecten van de zaak bij de behandeling in appel uitdrukkelijk –

70 Met uitzondering dan van de vervallenverklaring van het verzet ex art. 402 Sv, waarbij als bijzondere rechtvaardiging geldt dat de verdachte juist een nieuwe kans krijgt teneinde de gevolgen van een eerdere verstekverlening te compenseren.

71 Noot onder HR 15 april 1997, *NJ* 1997, 615, met de voor het onderhavige onderzoeksproject interessante slotopmerking: 'Misschien zijn we toch aan een nieuw wetboek toe'.

72 R.C.P. Haentjens, in: Melai c.s., *Het Wetboek van Strafvordering*, aant. 1 op art. 410 (suppl. 38).

in een aandacht vragende vorm – aan het oordeel van de rechter worden onderworpen’. Ten aanzien van art. 416 Sv wordt aangenomen dat het onmiddellijk na de voordracht van de zaak opgeven van bezwaren ertoe leidt dat de gedingvoering in hoger beroep in het licht van de proceshouding van de verdachte ‘aan scherpte kan winnen’, omdat onduidelijkheden en dubia in de bestreden beslissing in het verband van de bijzondere zienswijze van de verdachte meer aandacht kunnen krijgen.<sup>73</sup> Met name deze laatste formulering spreekt ons aan. Wij zien de beide onderhavige wetsartikelen als aanknopingspunten om de kwaliteit van het geding te bevorderen.

Grievens en bezwaren scherpen de blik. Concrete objecties tegen de bestreden beslissing<sup>74</sup> zouden de agenda van het geding in appel moeten domineren. Hoewel nuttig als aanzet, missen wij een aan de art. 410 en 416 Sv ten grondslag liggende meer uitgewerkte visie omtrent de invloed die de proceshouding van de partijen kan en mag toekomen bij het bepalen van het verloop van het proces in tweede – en de laatste feitelijke – aanleg. De meergenoemde wetsartikelen dienen naar ons oordeel te worden geplaatst in een ruimer idee omtrent het dialoogkarakter van het geding. In een strafvorderlijke context houdt dit tenminste in, dat het opgeven van grieven en bezwaren zijn min of meer vrijblijvende karakter verliest. Deze elementen zullen wat ons betreft bijvoorbeeld moeten terugkeren in de beslissings- en motiveringsregels waaraan de appelrechter gebonden is.

De voorafgaande overwegingen leiden op nog een ander belangrijk punt tot het problematiseren van het geldende recht. Volgens het systeem van het wetboek van 1926 verloopt het geding in hoger beroep in grote lijnen op dezelfde wijze als de terechtzitting in eerste aanleg. We hebben zojuist gezien dat er klemmende argumenten zijn om (ook) in de appelfase meer dan thans structureel rekening te houden met de opstelling van de partijen. Deze gedachte kan ook in een andere richting worden uitgewerkt. Het komt regelmatig voor dat er in eerste aanleg uitvoerig wordt geprocedeerd over alle aspecten van het geval, dat wil zeggen: compleet met het ter zitting horen van zowel bewijsgetuigen als rechtmatigheidsgetuigen.<sup>75</sup> Naar geldend recht staat dan letterlijk niets in de weg aan een volledige reprise in appel. De vraag die hierbij kan worden gesteld is of zo’n duplicatie van inspanningen onder alle omstandigheden wenselijk is. Met andere woorden: nagegaan zou moeten worden in hoeverre er aanleiding is om een herhaling van zetten te

73 R.C.P. Haentjens, *a.w.* aant. 1 op art. 416 (suppl. 38).

74 Opnieuw: inclusief bezwaren tegen de aan de beslissing voorafgaande procedure in eerste aanleg.

75 Zie over deze termen Y. Buruma, ‘De rechtmatigheidsgetuige’, *D&D* 2000, p. 859-875.

koppelen aan nadere voorwaarden, waarin bijvoorbeeld een nieuwe afwijking kan worden vereist van een herhaling van de onderzoeksinspanning enerzijds en het daarvan verwachte rendement anderzijds. In de paragraaf over de uitgangspunten van een nieuwe regeling komen we op deze kwestie terug.

## **2 Straatsburgse rechtspraak**

Wanneer het hoger beroep wordt herzien, moet daarbij mede een Straatsburgse invalshoek worden betrokken om te onderzoeken in hoeverre de ontwikkelde ideeën sporen met het gedachtegoed van het EVRM en in hoeverre duidelijke Straatsburgse regels worden nageleefd. Hieronder zal daartoe eerst iets worden opgemerkt over de plaats van het rechtsmiddel hoger beroep als zodanig in het stelsel van het EVRM. Daarna zal worden getracht enkele relevante regels uit de rechtspraak af te leiden.

Van belang voor een beoordeling van de Straatsburgse regels is in de eerste plaats dat het EVRM niet een zelfstandig grondrecht op hoger beroep in een strafprocedure garandeert. Dat heeft het Hof al duidelijk gemaakt in de beslissing van 17 januari 1970 (A-11; Delcourt tegen België): ‘Art. 6 (1) of the Convention does not compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation’. Weliswaar wordt in dit opzicht in het Zevende Protocol in art. 2 een aanvulling op het Verdrag gegeven, maar dat Zevende Protocol is in Nederland nog niet van kracht – en uitzicht daarop bestaat evenmin – terwijl deze aanvulling bovendien geclausuleerd is (met name door de zinsnede uit lid 1: ‘the exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law’ en uit lid 2: ‘this right may be subject to exceptions in regard to offences of a minor character’) en niet specifiek op hoger beroep maar op een hogere voorziening in het algemeen betrekking heeft.<sup>76</sup>

Het bovenstaande kleurt de beoordeling van de regels over het appel omdat elke appelvoorziening vanuit Straatsburgs gezichtspunt als een extra, onverplichte waarborg te kenschetsen valt. Gecombineerd met het karakter van het Verdrag als minimumvoorziening (niet de optimale maar de minimale bescherming wordt uitgewerkt), leidt dit op zichzelf tot de belangrijke

76 Zie nader hierover J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Arnhem 1989, p. 137-163 (ook over art. 14 lid 5 IVBPR) en A.E. Harteveld, B.F. Keulen en H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen 1996, p. 182-188.

vaststelling dat het EVRM niet erg maatgevend voor de Nederlandse vormgeving van het hoger beroep kan zijn, ook al blijkt hieronder uit de rechtspraak wel van enkele relevante regels op bepaalde onderdelen. Iets anders bezien kan de stelling worden ingenomen dat de regeling voor appel ruimte biedt om rekening te houden met het royale karakter van de Nederlandse rechtsmiddelenverdeling in strafzaken: zo kan vanuit die invalshoek de nadruk op het afdoen van de zaak door de appelrechter zelf (in plaats van een terugwijzing naar de eerste aanleg) worden benadrukt. En er lijkt ruimte te bestaan om de collegiale rechtspraak in appel onder de loep te nemen omdat in appel zeker niet meer rechtsbescherming behoeft te worden geboden dan in eerste aanleg gebeurde.

Zo'n de inrichting van het appel nuancerende benadering zou ook aansluiten bij de Straatsburgse rechtspraak waarin als hoofdlijn naar voren komt dat, wanneer toch een rechtsmiddel in strafzaken wordt opengesteld, daarvoor enerzijds de gewone garanties voor een eerlijk proces gelden met anderzijds de belangrijke kanttekening dat rekening mag worden gehouden met het bijzondere karakter van de rechtsmiddelenprocedure en met de strafprocedure als geheel. Dat komt per saldo neer op een mogelijk iets geclausuleerde werking van de waarborgen die in eerste aanleg ten volle moeten worden nageleefd.

In de arresten van 2 maart 1987, NJ 1991, 165 m.nt. EAA (Monnell en Morris tegen Verenigd Koninkrijk over een leave to appeal-procedure) overwoog het Hof onder meer: 'The manner in which para. 1 as well as para 3 (c) of art. 6 is to be applied in relation to appellate or cassation courts depends upon the special features of the proceedings involved (...); Account must be taken of the entirety of the proceedings conducted in the domestic legal order and of the role of the appellate or cassation court therein (...) in order to determine whether the requirements of fairness in art. 6 were met in the present case, it is necessary to consider matters such as the nature of the leave to appeal procedure and its significance in the context of the criminal proceedings as a whole, the scope of the powers of the Court of Appeal, and the manner in which the applicants' interests were actually presented and protected before the Court of Appeal'. In deze overweging liggen diverse aandachtspunten besloten: de nuancering die voor appel mogelijk is, het belang daarbij van de rol van het appel in het nationale stelsel, de beoordeling van de strafprocedure als geheel en concretisering op wat er in casu gebeurde.

Hetzelfde komt naar voren in de beslissing van 26 mei 1988, NJ 1991, 798 (Ektabini tegen Zweden) die ook belangrijk is omdat het Zweedse appel veel meer gelijkenis met het Nederlandse vertoont dan de leave to appeal-

procedure die in de Engelse zaak centraal stond. De relevante overwegingen luiden in Ektabini:

‘Criminal proceedings form an entity and the protection afforded by art. 6 does not cease with the decision at first instance (...) (Kan een afwijking) be justified in the circumstances of the present case by the special features of the domestic proceedings viewed as a whole? In deciding this question, the Court must have regard to the nature of the Swedish appeal system, the scope of the Court of Appeal’s powers and the manner in which the applicant’s interests were actually presented and protected before the Court of Appeal (...) Thus, leave to appeal-proceedings and proceedings involving only questions of law, as opposed to questions of fact, may comply with the requirements of art. 6, although the appellant was not given an opportunity of being heard in person by the appeal or cassation court (...). Here, the Court of Appeal was called to examine the case as to the facts and the law. In particular, it had to make a full assessment of the question of the applicant’s guilt or innocence (...) Having regard to the entirety of the proceedings before the Swedish courts, to the role of the court of appeal and to the nature of the issue submitted to it, the Court reaches the conclusion that there were no special features to justify a denial of public hearing and of the applicant’s right to be heard in person’.

Naast eerder vermelde aandachtspunten komt hier bovendien een accent op de inbreng van de verdachte (waar richt in appel zijn bezwaar zich tegen?) naar voren.

Voor Nederland is nog van belang de beslissing van 23 februari 1999, *NJ* 1999, 641 m.nt. Kn (De Groot tegen Nederland) waarin voor de beoordeling van het aanwezigheidsrecht in appel werd verwezen

‘inter alia to the special features of the proceedings involved and the manner in which the defence’s interests were presented and protected before the appellate court, particularly in the light of the issues to be decided by it’.

Het karakter van het Nederlandse hoger beroep speelde nog een directe rol in de beslissing Zoon tegen Nederland van 7 december 2000, *NJ* 2001, 558 m.nt. PMe:

‘It is further noted that in Dutch criminal procedure an appeal is not directed against the judgment of the first instance court but against the charge brought against the accused. An appeal procedure thus involves a completely new establishment of the facts and a reassessment of the applicable law.’

Daarom leverde globaal gezegd de kop-staart praktijk geen problemen op. Dat in appel de hele strafzaak ter beoordeling staat, is zo gezien overigens een noodzakelijke voorwaarde voor de acceptatie van de regeling van ver-

korte vonnissen en levert een argument op om een grievenstelsel in het strafrechtelijk appel niet strikt door te voeren.

De set van aandachtspunten uit bovengenoemde beslissingen sluit eigenlijk tamelijk nauw aan bij de kerngedachte van dit deelrapport om het hoger beroep in strafzaken een *voortbouwend* karakter toe te kennen:<sup>77</sup> de strafzaak wordt dan mede als een geheel gezien, de appelprocedure is niet identiek aan de procedure in eerste aanleg en veel hangt af van wat er in concreto op het spel staat, waarbij de procespartijen mede de agenda bepalen, zij het dat uiteindelijk de strafzaak integraal door de appelrechter ook op diens eigen initiatief kan worden overgedaan. Anderzijds moet de appelprocedure in hoofdlijn wel aan de basale voorwaarden uit art. 6 EVRM voldoen. Dat past niet alleen bij het minimumkarakter van de verdragsrechtelijke voorschriften, het wordt ook door het Straatsburgse Hof zelf benadrukt: als – onverplicht – appel wordt opengesteld, dan moet dat ook een volwaardige procedure opleveren. Deze regel uit de Delcourt-beslissing is herhaald in Khalfaoui tegen Frankrijk van 14 december 1999:

‘A State which does institute such courts (of appeal or of cassation) is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantees contained in article 6’.

Kan de tweede instantie in de verdragsrechtelijke optiek elk manco uit de eerste aanleg repareren? De Cubber tegen Belgie (26 oktober 1984, NJ 1988, 744 m.nt. EAA) over de schijn van partijdigheid laat daarvoor een zekere ruimte:

‘The possibility certainly exists that a higher or the highest court might, in some circumstances, make reparation for an initial violation of one of the Conventions provisions; this is precisely the reason for the existence of the rule of exhaustion of domestic remedies (...) The circumstances of the present case however were different. The particular defect in question did not bear solely upon the conduct of the first instance-proceedings: its source being the very composition of the Oudenaarde criminal court, the defect involved matters of internal organisation and the Court of Appeal did not cure that defect since it did not squash on that ground the judgment in its entirety’.

Van belang is dus kennelijk wat de appelrechter zelf doet, aan de vernietiging wordt hier een zelfstandige betekenis toegekend. Ook Edwards tegen

<sup>77</sup> Zie de uitwerking van deze gedachte in hoofdstuk 4 hieronder.

het Verenigd Koninkrijk van 10 december 1992 legt de nadruk op reparatie van het feit dat het OM in eerste aanleg bewijsmateriaal had achtergehouden doordat dit materiaal in appel alsnog werd overhandigd en de verdediging alle gelegenheid werd gegeven daar in appel commentaar op te leveren.

Maar er is ook rechtspraak, vooral van recente datum, waarin de reparatiefunctie van het appel wordt gerelativeerd. Mills tegen Verenigd Koninkrijk van 5 juni 2001 biedt in dit verband duidelijk minder ruimte voor reparatie van fundamentele fouten uit de eerste aanleg (maar in deze casus was de schending van het onpartijdigheidsvereiste door een bepaalde vorm van lekenrechtspraak ook ernstiger dan in de De Cubber-beslissing):

‘the Court also considers that, since the applicant was faced with, inter alia, charges of a serious and criminal nature and was therefore entitled to a first instance tribunal complying with the requirements of art. 6 par. 1, such organisational defects in his court-martial could not be corrected by a subsequent review procedure.’

En ook in andere recente beslissingen is de reparatiegedachte van het appel beperkt en geclausuleerd terug te vinden. In Riepan tegen Oostenrijk van 14 november 2000 was in eerste aanleg de openbaarheid van de zitting onder de maat geweest.

‘Given the possible detrimental effects that the lack of a public hearing before the trial court could have on the fairness of the proceedings, the absence of publicity could not in any event be remedied by anything other than a complete re-hearing before the appellate court. However, an examination of the facts of the present case reveals that the review carried out by the Linz Court of Appeal did not have the requisite scope. It is true that the appellate court could review the case as regards questions of law and fact and could reassess the sentence. However, apart from questioning the applicant, the court did not take any evidence, and in particular did not re-hear the witnesses. It is of little importance that the applicant did not request a re-hearing of the witnesses’.

Al met al biedt de Straatsburgse rechtspraak geen vaste lijnen of heldere regels over de reparatiemogelijkheden door appel in strafzaken, maar vooral voor materiele schendingen van de rechten van art. 6 EVRM lijkt die ruimte toch beperkt. Meer in het algemeen bevat de rechtspraak vooral aandachtspunten en denkrichtingen en geen harde regels. Wanneer – onverplicht – hoger beroep in onze traditie als een potentieel volledig nieuwe beoordeling van feit en recht wordt opengesteld, dan moet de hoger beroepsprocedure aan de eisen van het EVRM voldoen, maar afwijken van die eisen speelt in de Nederlandse discussies over vormgeving van het stelsel eigenlijk geen rol van betekenis. Het verdragsrecht is derhalve slechts in zeer beperkte mate richtinggevend of inspirerend voor de invulling van het appel in strafzaken.



### **3        Rechtsvergelijking**

#### *3.1        Inleiding*

De vormgeving van het hoger beroep leent zich bij uitstek voor een rechtsvergelijkende beschouwing. In alle takken van rechtspraak worden oordelen geveld, die de uitkomst vormen van een juridisch genormeerd onderzoek. De kans bestaat dat die beslissingen niet correct zijn, of dat ze berusten op een procedure die niet voldoet aan de daaraan gestelde eisen. De rechtsgenoten die het om één van deze redenen niet eens zijn met de rechterlijke beslissing krijgen doorgaans de kans om de zaak voor te leggen aan een hogere instantie. Dat is het geval in het Nederlandse civiele procesrecht en in het bestuursrecht. Hetzelfde doet zich voor in het strafprocesrecht van de ons omringende landen. In de navolgende paragrafen wordt aandacht besteed aan de desbetreffende regelingen. Achtereenvolgens zullen we eerst de externe en daarna de interne rechtsvergelijking aan bod laten komen. Uiteraard wordt de beschouwing in beide panelen toegespitst op de onderwerpen die in hoofdstuk 1 als systeembepalend naar voren zijn gekomen.

#### *3.2        Externe rechtsvergelijking*

##### **3.2.1      Afbakening van het onderwerp**

Het recht op een tweede beoordeling van een strafzaak wordt mede beheerst door verdragsrechtelijke bepalingen. In het vorige hoofdstuk hebben wij reeds gezien tot op welke hoogte het Straatsburgse hof een aanspraak op een ‘*fresh determination*’ laat voortvloeien uit het EVRM. Daarnaast is er de explicieter op het hoger beroep toegesneden bepaling van art. 14 lid 5 IVBPR, luidende: ‘Een ieder die wegens een strafbaar feit is veroordeeld heeft het recht de schuldigverklaring en veroordeling opnieuw te doen beoordelen door een hoger rechtscollege overeenkomstig de wet’. Tegen deze achtergrond is het voor de hand liggend dat ook andere landen hoger beroep openstellen tegen strafrechterlijke beslissingen in eerste aanleg. Maar gelet op de laatst aangehaalde woorden – ‘overeenkomstig de wet’ – is het evenmin verwonderlijk dat in de verschillende rechtsstelsels er op uiteenlopende wijze vorm is gegeven aan de mogelijkheid van een tweede feitelijke beoordeling van een zaak. In deze paragraaf zal worden nagegaan hoe het appel in het buitenland is uitgewerkt. Daarbij brengen wij twee – uiteraard: samenhangende – beperkingen aan. Ten eerste is het noch mogelijk noch zinvol om in te gaan op alle vigerende grondpatronen die er in de rechtsstelsels binnen Europa bestaan. Het is niet mogelijk, aangezien de grote diversiteit van sys-

temen een afzonderlijke studie van grote omvang zou vergen die buiten het bestek van ons onderzoeksproject valt. Maar zo'n onderneming zou evenmin zinvol zijn, omdat een dergelijk werk recentelijk reeds tot stand is gebracht.<sup>78</sup> Wij beperken ons derhalve tot slechts enkele landen, die gelet op de stand van procesrechtelijke dogmatiek voor ons stelsel interessante gezichtspunten kunnen opleveren. Vooral Duitsland, Frankrijk en Engeland komen hierbij in aanmerking.<sup>79</sup> De tweede begrenzing van dit hoofdstuk ligt in het verlengde van de zojuist genoemde invalshoek. Het is ons niet te doen om een complete, alles omvattende beschrijving van het rechtsmiddel van hoger beroep in de te behandelen rechtsordes. Ook hier geldt: dat zou noch werkbaar, noch zinvol zijn. Niet werkbaar en niet zinvol, want ook in het buitenland vormt de regeling van het hoger beroep een soort 'bovenbouw' van de berechting in eerste aanleg. Een uitputtende weergave van het geldende vreemde recht zou derhalve mede een schets van het grondpatroon van het eerste onderzoek ter terechtzitting mede moeten omvatten. Dat voert te ver en het zou onnodige ballast opleveren. Daarom hebben wij gekozen voor een meer toegespitste vraagstelling. Wij bezien de te bespreken rechtsstelsels vanuit de problemen die bij de systematische vormgeving van een nieuwe Nederlandse regeling van het hoger beroep centraal staan. Dat leidt tot een vijftal specifieke aandachtspunten.<sup>80</sup> Ten eerste de vraag of het appel kan worden beperkt tot bepaalde onderdelen van de beslissing in eerste aanleg, zoals de strafoplegging. Daaronder is begrepen de vraag of sommige onderdelen – denk aan een partiële vrijspraak – buiten het bereik van het beroep kunnen worden gehouden. De tweede vraag is of de appelrechter na geconstateerde gebreken in eerste aanleg in principe de zaak zelf afdoet dan wel de zaak terugwijst naar de eerst oordelende rechter. Wat zijn de belangrijkste criteria in dit verband en welke overwegingen liggen daaraan ten grondslag? Vervolgens bezien we of er na de afdoening in hoger beroep in een latere instantie (e.g. cassatie) nog bezwaren tegen de gang van zaken in eerste aanleg aan de orde kunnen komen. Dit is immers van principieel belang voor de functie en de betekenis van het rechtsmiddel van hoger beroep. Een vier-

78 Zie Monika Becker & Jörg Kinzig (Hrsg.), *Rechtsmittel im Strafrecht. Eine international vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln. Interdisziplinäre Untersuchungen aus Strafrecht und Kriminologie*, Bände 1/1 und 1/2, Freiburg i.Br. 2000. Zie in de eerste band ook van de hand van de redacteurs de *Kurzvorstellung der Ergebnisse*, p. 1-15.

79 Wij zien er van af om ook de Antilliaanse strafvordering in dit hoofdstuk te betrekken, aangezien een oriënterend vooronderzoek heeft uitgewezen dat daarvan onvoldoende meerwaarde te verwachten is.

80 Overigens moet worden opgemerkt dat niet alle aandachtspunten in de te behandelen stelsels steeds als belangrijk worden gezien. Dit heeft zijn weerslag in ons verslag.

de vraag heeft betrekking op de beslissingsregels in appel. Zijn hier bijzondere voorzieningen van toepassing, zoals het vereiste van eenparigheid van stemmen bij een – voor de verdachte – ongunstige afloop? En ten slotte de vraag of – en zo ja: in welke omstandigheden – een zaak in hoger beroep kan worden beoordeeld door een enkelvoudige kamer. Wij menen dat deze bijzondere onderwerpen, gezien in het algemene kader van de buitenlandse equivalenten van wat in het eerste hoofdstuk is aangeduid als het Nederlandse ‘middenstelsel’, bouwstenen kunnen opleveren voor een hechtere fundering van een meer systematische uitwerking van het hoger beroep in ons wetboek van strafvordering.

### 3.2.2 Duitsland

Het hoger beroep is in Duitsland in hoofdzaak geregeld in de §§ 312-332 StPO. Als algemene karakteristiek van dit rechtsmiddel komt naar voren dat het in beginsel leidt tot een geheel nieuwe en volledige behandeling van de zaak. Het uitgangspunt hierbij is dat er wordt geprocedeerd alsof er geen berechting in eerste aanleg aan is vooraf gegaan. Net als in ons land (art. 415 Sv) wordt dit vertrekpunt wetstechnisch vorm gegeven door de schakelbepaling van § 332 StPO, waarin – behoudens uitzonderingen – de zittingsvoorschriften voor de eerste aanleg van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

De verdachte die in beroep gaat is bevoegd zijn bezwaren schriftelijk op te geven binnen een week na het aanwenden van het rechtsmiddel (§ 317).<sup>81</sup> De hogere rechter zal het beroep vervolgens in behandeling nemen, tenzij het evident ongegrond (‘*öffensichtlich unbegründet*’) is (§ 313 Abs. 2). In dat geval wordt het beroep eenvoudig als ontoelaatbaar verworpen. In vergelijking met het Nederlandse recht valt voorts op dat het door de verdediging ingestelde appel moet worden verworpen als de verdachte in tweede instantie verstek laat gaan.<sup>82</sup> Hoger beroep door het openbaar ministerie kan wel worden behandeld en beoordeeld in afwezigheid van de verdachte (§ 329 Abs. 1 resp. Abs. 2). In die gevallen is de raadsman bevoegd de ver-

81 Deze bepaling heeft voor de praktijk een relatief geringe betekenis. De verdachte maakt weinig gebruik van deze mogelijkheid. Doet hij dat wel, dan is er voor de rechter geen responsieplicht. Verzuim van de indieningstermijn staat aan een latere – informele – indiening niet in de weg. Voor het openbaar ministerie is de indiening van een schriftuur verplicht, maar ook de niet naleving van deze verplichting leidt niet tot het ontoelaatbaar verklaren van het appel.

82 De verdachte moet van deze consequentie vooraf op de hoogte worden gesteld, § 323 Abs. 1.

dediging namens de verdachte te voeren.<sup>83</sup> De achtergrond van deze bepalingen is gelegen in het streven een vlotte voortgang van de procedure te stimuleren. Aan § 329 ligt de veronderstelling ten grondslag dat een verdachte die bewust of uit nalatigheid niet ter zitting verschijnt, daarmee afstand doet van de mogelijkheid om controle uit te oefenen op het aangevochten vonnis en daarmee zijn beroep intrekt en zijn recht verwerkt om alsnog in appel te gaan.<sup>84</sup>

Bij de behandeling van het hoger beroep worden de relevante onderdelen van het vonnis van de eerste aanleg voorgelezen. De motivering van dit oordeel mag daarbij worden weggelaten, indien de verdachte en het openbaar ministerie daarmee instemmen. Gelet op de prominente rol van het onmiddellijkheidsbeginsel in het Duitse procesrecht is het niet verwonderlijk dat als hoofdregel geldt dat alle getuigen en deskundigen in hoger beroep (opnieuw) moeten worden gehoord. De uitzonderingen hierop zijn limitatief omschreven in § 325 jo. § 251 en 253. Kort samengevat gaat het om situaties waarin de getuige of deskundige overleden is of aan een geestesziekte is gaan lijden, danwel onvindbaar is. Daarnaast is een voor de praktijk zeer belangrijke uitzondering gelegen in de toestemming van de procespartijen om van een (hernieuwde) ondervraging af te zien. In dergelijke gevallen kan worden volstaan met het voorlezen van het proces-verbaal van de eerder afgelegde verklaring. In de literatuur wordt onderstreept dat de mogelijkheid om terug te vallen op eerder afgelegde verklaringen met grote terughoudendheid wordt gebruikt.<sup>85</sup> Zo is het alleen toegestaan om de bedoelde verklaringen voor te lezen als er geen twijfel bestaat omtrent de betrouwbaarheid daarvan. In feite mag dat alleen als de inhoud daarvan de overige beschikbare onderzoeksresultaten bevestigt. Dit heeft als verstrekkende consequentie dat in situaties waarin de betrokken verklaringen op gespannen voet staan met andere getuigenverklaringen, de appelrechter nooit mag volstaan met het recapituleren van het relaas zoals dat is vastgelegd in het proces-verbaal van de eerste aanleg, maar dan steeds – ambtshalve – moet overgaan tot het oproepen van deze informanten, zelfs als de procespartijen aangeven

83 Zie over deze regeling – en de voorschriften omtrent bijstand en vertegenwoordiging – de korte maar accurate beschouwing van M.J.A. Plaisier, *Het verstek in strafzaken* (diss. Tilburg), Deventer 1999, p. 311-313.

84 Zie M. Lemke e.a., *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, Heidelberg 1999, p. 1255. Opgemerkt moet nog worden dat een uitzondering op het verstekverbod geldt indien een zaak door de cassatierechter is teruggewezen naar de appelinstantie.

85 Zie o.a. Gerd Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 1999, p. 1539 e.v.; en Lutz Meyer-Grossner, *Beck'sche Kurz Kommentare. Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 1999, p. 1046 e.v.

daar geen prijs op te stellen.<sup>86</sup> Met andere woorden: als het gaat om omstreden punten, kan nooit gebruik worden gemaakt van de constructie van § 325. Ook wanneer er getwijfeld wordt aan de juistheid van het proces-verbaal waarin een eerder afgelegde verklaring is opgenomen, moet de betrokken getuige alsnog worden opgeroepen. Anderzijds wordt in Duitsland – net als bij ons – aangenomen dat weer wel mag worden teruggegrepen op een in eerste aanleg afgelegde verklaring indien de betrokken getuige daadwerkelijk is opgeroepen voor de behandeling in hoger beroep, maar aldaar niet verschijnt. Ter afronding van dit onderdeel merken wij nog op dat het procesverloop volgens de Duitse Strafprozessordnung dus in aanzienlijke mate – maar niet steeds in doorslaggevende zin – mede wordt bepaald door de opstelling van de partijen. Het begrip ‘toestemming’ speelt ook bij onze oosterburen een belangrijke rol. Wij tekenen hierbij aan dat de toestemming om te volstaan met het voorlezen van verklaringen uitdrukkelijk dient te worden gegeven, maar ook – en dat is pikant – kan worden afgeleid uit het gedrag van de betrokken partij (‘slüssigem Verhalten’). Voor de volledigheid: het is niet mogelijk om gegeven toestemming te herroepen.

Het Duitse strafprocesrecht biedt principieel de mogelijkheid om *partieel appel* in te stellen. In de woorden van § 318: ‘Die Berufung kann auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden’.<sup>87</sup> Uitgangspunt is dat het beroep tegen het gehele vonnis is ingesteld, maar er bestaat de bevoegdheid om slechts een deel aan te vechten. Dit laatste kan uitdrukkelijk gechieden, het kan ook worden afgeleid uit de tekst van de beroepsschriftuur. Voorwaarde voor een partieel appel (de zogenoemde ‘Teilanfechtung’) is dat het deel waartegen men in beroep gaat kan worden afgescheiden van de overige onderdelen, zodat een zelfstandig oordeel van de beroepsrechter mogelijk is. In de praktijk betekent dit dat een deelberoep niet mogelijk is wanneer het betrekking heeft op onderwerpen die ook van belang zijn voor andere onderdelen van het bestreden vonnis.<sup>88</sup> De ratio hiervan is uiteraard dat er geen tegenstrijdigheid mag ontstaan tussen de uitkomst van het hoger beroep en

86 Wij stellen vast dat dit aanmerkelijk verder gaat dan de verplichtingen naar Nederlands recht volgens de in hoofdstuk 1 besproken ‘Checklist-jurisprudentie’.

87 Dit blijkt ook uit de tekst van par. 316 (‘Durch rechtzeitige Einlegung der Berufung wird die Rechtskraft des Urteils, soweit es angefochten ist, gehemmt’) en § 327 (‘Der Prüfung des Gerichts unterliegt das Urteil nur, soweit es angefochten ist’).

88 Vergelijk ons ‘doorwerkingsprincipe’. Zie omtrent de Duitse ‘Trennbarkeitsformel’ Lutz Meyer-Grossner, *a.w.* p. 492; en C. Roxin, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 1995, p. 384.

het niet aangevochten deel van de bestreden beslissing.<sup>89</sup> Of er sprake is van doorwerking resp. van dreigende tegenstrijdigheden wordt ambtshalve nagegaan door de hoger beroepsrechter. Is deze instantie van oordeel dat er sprake is van een ontoelaatbare beperking, dan wordt het beroep opgevat als een integraal appel.

Het is niet verwonderlijk dat in de praktijk het belangrijkste onderscheid wordt gevormd door het verschil tussen de bewijsbeslissing en de strafoplegging. Ten aanzien van de eerstgenoemde vraag is een nadere beperking van het appel tot één of enkele onderdelen van de telastelegging (bijvoorbeeld enkele bijzondere bestanddelen) niet mogelijk. In geval van samenloop – een situatie die zich gelet op de onderzoeksplicht van de Duitse rechter nogal eens voordoet – kan het beroep evenmin worden beperkt tot één van de bij de samenloop betrokken feiten. De appelbehandeling kan weer wél specifiek worden gericht op vraagpunten rond de vervolgbaarheid, zoals het klachtvereiste en de verjaring.<sup>90</sup>

Vanuit vergelijkend oogpunt is natuurlijk vooral interessant dat een partieel beroep ten aanzien van de strafmaat mogelijk is. Bij nadere beschouwing blijkt het Duitse procesrecht evenwel een genuanceerd beeld op te leveren. Zo is een strafmaatappel niet toelaatbaar indien de schuldvraag (lees: bewijsvraag) en de vraag naar de op te leggen sanctie naar het oordeel van de beroepsinstantie nauw met elkaar zijn verbonden. Hetzelfde wordt aangenomen indien het beroepen vonnis geen deugdelijke motivering bevat en derhalve geen goede basis biedt om een zelfstandig oordeel te vellen omtrent de opgelegde straf. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als de bestreden beslissing niet duidelijk maakt of een klachtvereiste van toepassing is, of er sprake is van een vorm van samenloop, welke gedragsmodaliteit van de toepasselijke delictomschrijving bewezen is geacht, of er geen antwoord is gegeven op de vraag naar de toerekeningsvatbaarheid van de dader hoewel daartoe wel aanleiding bestond. Een strafmaatappel behoort evenmin tot de mogelijkheden wanneer de veroordeling op een wet berust die volgens de beroepsrechter niet (of niet meer) geldig is; en wanneer de in het kader van de strafoplegging vastgestelde feiten en omstandigheden aanleiding zouden geven tot twijfel omtrent de vraag of er überhaupt wel een bewezenverklaring had mogen komen. Wat dit laatste betreft kan meer in het algemeen worden geconstateerd dat strafverhogende of -verlagende omstandigheden die samenhangen met de gepleegde *daad* (de zogeheten ‘doppelrelevante

89 De zogenaamde ‘Erfordernis der Widerspruchsfreiheit’; zie Otfried Ranft, *Strafprozessrecht*, 1995, p. 493.

90 Voor details zie Gerd Pfeiffer ad § 318 en Lutz Meyer-Grossner ad § 318. Er kan ook apart worden geklaagd omtrent de toepasbaarheid van de voorwaarden voor uitlevering.

Tatsachen'), doorgaans tot een herbeoordeling van de bewezenverklaring nopen. Dus alleen als dergelijke omstandigheden uitsluitend betrekking hebben op de persoon en de bijzondere eigenschappen van de *dader* kan een apart strafmaatappel worden aanvaard. Wij menen hier een interessante parallel te zien met het Nederlandse procesrecht. In paragraaf 1 hierboven is gebleken dat onze wetgever niet van een partieel appel – en dus ook niet van een strafmaatappel – wilde weten, waarbij een zwaarwegend argument werd gevormd door de overweging dat een rechter in hoger beroep niet gedwongen mag worden om zijn beslissing mede te laten steunen op voorafgaande deelbeslissingen die hij niet voor zijn rekening kan of wil nemen. In Duitsland blijkt het uitgangspunt omgekeerd te zijn (partieel appel is in beginsel toelaatbaar), maar wordt door middel van een correctiemechanisme een resultaat bereikt dat niet zo ver af staat van de situatie in ons land. Het partieel beroep wordt namelijk veelal een vol beroep indien het bestreden deel blijkt te berusten op een voorafgaand onderdeel waarmee de appelrechter zelf niet uit de voeten kan. Dit is met name het geval in de (standaard-)situatie waarin de bij de strafoplegging vastgestelde omstandigheden twijfel zaaien aan de stevigheid waarmee de bewezenverklaring is onderbouwd. Onze slotsom is dan ook dat de Duitsers in prangende gevallen langs een omweg dezelfde uitkomst bereiken die bij ons is gewaarborgd door het algemene verbod van partieel appel. Naar zich voorlopig laat aanzien verdient de Nederlandse oplossing – vanwege de eenvoud en de helderheid – de voorkeur. Anderzijds kan van het Duitse voorbeeld worden geleerd dat het aanbeveling verdient om de feitelijke aandacht binnen het geding in hoger beroep te concentreren op die onderdelen van de bestreden beslissing waar de opposant bezwaren tegen heeft, voorzover dergelijke onderdelen niet berusten op een voorafgaande deelbeslissing die naar het oordeel van de appelrechter niet door de beugel kan.

Tenslotte merken wij op dat het deel van het bestreden vonnis waartegen het beroep niet is gericht, zijn rechtskracht behoudt. Daar kan later niet alsnog tegen worden geappelleerd. In cassatie wordt de toelaatbaarheid van het partieel appel ambtshalve getoetst. Is de cassatierechter van oordeel dat ten onrechte een beperkt beroep is toegestaan, dan wordt de zaak voor een nieuwe behandeling teruggewezen.<sup>91</sup>

De wijze van afdoen van een in hoger beroep berechte zaak wordt beheerst door § 328. Als het beroep strandt op formele beletselen, wordt het 'unzulässig' verklaard. Komt er een inhoudelijke beslissing, dan zijn er

91 Otfried Ranft, *a.w.* p. 495.

twee mogelijkheden. Het beroep kan worden afgewezen (ünbegründet'), of het kan gegrond worden verklaard. In het laatste geval zal de appelrechter zelf een oordeel vellen, dat in de plaats komt van de beslissing van de rechter in eerste aanleg (hoofddregel van § 328, Abs. 1). Tot 1987 bestond er een algemene facultatieve mogelijkheid om de zaak terug te wijzen naar de lagere instantie voor een nieuwe berechting. Toen dit werd afgeschaft, is het verwijzen beperkt tot slechts één situatie: die waarin de rechter in eerste aanleg zichzelf ten onrechte bevoegd heeft geoordeeld. Alsdan dient de zaak alsnog naar de bevoegde eerste instantie te worden verwezen (§ 328, Abs. 2). Hierbij moeten twee kanttekeningen worden gemaakt. Ten eerste zal een foutieve beslissing omtrent de *relatieve* competentie het genoemde rechtsgevolg alleen dan hebben, wanneer de verdachte daarop in eerste aanleg tijdig een beroep heeft gedaan. De tweede kanttekening heeft betrekking op de verhouding met de Nederlandse afdoeningsregels op grond van art. 423 lid 2 Sv en de jurisprudentie daaromtrent. In Duitsland wordt aangenomen dat een uitzondering op het algemene richtsnoer van niet-terugwijzen dient te worden gemaakt als de veroordeelde anders een instantie zou verliezen. Deze uitzondering – die ons op het eerste gezicht niet onbekend voorkomt – wordt evenwel op een specifieke manier ingevuld. Het gaat daarbij alleen om situaties waarin de eerste rechter niet aan een inhoudelijke *behandeling* van de zaak is toegekomen (dat is dus wat anders dan dat er niet over de inhoud is *beslist*). Het standaardvoorbeeld is hier de situatie dat een beroep tegen een 'Strafbefehl' ten onrechte op formele gronden (zonder inhoudelijke behandeling) is verworpen. Dan moet terugwijzing volgen: '§ 328 StPO steht dem nicht entgegen, denn nach dem gesetzgeberischen Willen sollte die Zurückverweisung nur für den Fall einer die Hauptverhandlung *wiederholenden* Berufungsverhandlung ausscheiden'.<sup>92</sup>

Een van de meer opvallende kenmerken van het Duitse rechtsmiddelenstelsel is voorts gelegen in het verbod van een *reformatio in peius*. Als alleen de verdachte in hoger beroep gaat, kan hij niet tot een zwaardere straf worden veroordeeld dan in eerste aanleg.<sup>93</sup> Weliswaar mag de appelrechter tot een verderstrekkende bewezenverklaring komen dan de eerst oordelende rechter

92 Otfried Ranft, *a.w.* p. 491 (curs. in origineel).

93 § 331 StPO luidt: '1. Das Urteil darf in Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden, wenn lediglich der Angeklagte, zu seinen Gunsten die Staatsanwaltschaft oder sein gesetzlicher Vertreter Berufung eingelegt hat. 2. Diese Vorschrift steht der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt nicht entgegen.'



– en valt het ‘Tatbestand’ dan ook mogelijk onder een hoger abstract strafmaximum – maar de feitelijk op te leggen sanctie mag naar aard en hoogte niet belastender zijn.<sup>94</sup> Een uitzondering geldt slechts voor de maatregel van plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis en de onttrekking aan het verkeer, aangezien dit wordt beschouwd als – ook voor de veroordeelde – nuttige ingrepen die nooit schadelijk kunnen zijn. In de literatuur wordt het zogenoemde ‘verslechteringsverbod’ vrij algemeen verdedigd.<sup>95</sup> Het doel hiervan is de verdachte in de gelegenheid te stellen het hem toekomende rechtsmiddel aan te wenden zonder het risico te lopen daar slechter van te worden. De rechtsgrond van het instituut is de *rechtsverwerking*: als het openbaar ministerie het niet nodig acht om een zwaardere sanctie uit te lokken dan in eerste aanleg is opgelegd, dan heeft de overheid zijn aanspraak op een hardere reactie verspeeld. In deze visie is de uitsluiting van een *reformatio in peius* niet te beschouwen als een gunst voor de verdachte, maar veeleer als ‘ein aus rechtsstaatlichen Gründen notwendiges Schutzrecht des Angeklagten’.<sup>96</sup>

Ten slotte vermelden wij nog dat het Duitse strafprocesrecht geen bijzondere beslissingsvoorschriften in de vorm van onze eenparigheidsregels kent. Dat is ook niet verwonderlijk in het licht van de eerder genoemde bevoegdheid om een partieel appel aan te wenden en het zojuist weergegeven verbod van *reformatio in peius*.

### 3.2.3 Frankrijk

In het Nederlandse strafprocesrecht is het ongebruikelijk om de regelingen inzake het hoger beroep te analyseren aan de hand van het begrip ‘devolutieve werking’.<sup>97</sup> In Frankrijk is dat anders.<sup>98</sup> Daar wordt het ‘effet devolutif’ –

94 Zie C. Roxin, *a.w.* p. 389; en meer recent J. Cierniak, ‘Verslechterungsverbot bei einer unbeschränkten Berufung des Angeklagten und einem auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft’, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2001, p. 399-400.

95 Zie vooral Joachim Kretschmer, *Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Massregeln der Besserung und Sicherung* (diss. Berlin), Dunkler & Humblot 1999, met verdere literatuurverwijzingen (ook voor het direct navolgende).

96 Kretschmer, *a.w.* p. 61 e.v. en p. 79 e.v., met een motivering die berust op art. 103 van de Duitse Grondwet.

97 Dat gebeurt wel in civiele zaken. Zie de heldere uitleg bij F.J.H. Hovens, ‘De omvang van de rechtsstrijd in hoger beroep in civiele zaken’, *Ars Aequi* 2001, p. 75 e.v.; en H.E. Ras, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, 2<sup>e</sup> druk, bewerkt door A. Hammerstein, Deventer 2001, p. 61 e.v. Meer hierover in onze par. over interne rechtsvergelijking.

98 Zie voor de Franse regeling van het hoger beroep in hoofdzaak de artt. 496-520 van de →

naast de opschortende werking, het ‘effet suspensif’ – aangemerkt als één van de twee meest wezenlijke gevolgen van het instellen van appel.<sup>99</sup> Kort gezegd betekent de devolutieve werking dat de zaak definitief wordt overgeheveld naar de hogere instantie. Het is de appelrechter die de zaak overneemt en, voorzover het geval aan zijn oordeel is onderworpen, tot een eindbeslissing in feitelijke aanleg zal moeten komen. Uit de ingelaste clausulering blijkt intussen reeds dat de devolutieve werking niet onbeperkt is. Er zijn enkele beperkingen die in acht moeten worden genomen. Zo geldt als algemene begrenzing dat de beroepsrechter enkel kennis kan nemen van de feiten zoals ze aan de rechter in eerste aanleg zijn voorgelegd. Dat wil zeggen: de appellinstantie mag wel nieuwe omstandigheden in aanmerking nemen omtrent het al dan niet aannemelijk (in de zin van: bewezen) zijn van die feiten, en de als juist vastgestelde feiten kunnen op een nieuwe manier worden gekwalificeerd, maar het onderzoek mag zich niet uitstrekken tot andere dan de oorspronkelijk telastgelegde handelingen. Een meer specifieke begrenzing van de devolutieve werking van het appel wordt gevormd door de hoofdregel die bepaalt dat het onderwerp van het hoger beroep wordt vastgelegd door de appelakte.<sup>100</sup> Hier geldt: *tantum devolutum quantum appellatum*.<sup>101</sup> De rechter onderzoekt de zaak uitsluitend ten aanzien van die onderdelen die in de appelakte zijn aangedragen. Dit betekent dat het Franse recht principieel de mogelijkheid van een partieel appel aanvaardt. Een veroordeelde kan derhalve de voor hem gunstige onderdelen van het vonnis van de rechter in eerste aanleg aan herziening in hogere aanleg onttrekken. In het verlengde hiervan is voorts bepaald dat een partij die als enige beroep instelt, hier niet slechter van mag worden. Art. 515 lid 2 CPP luidt namelijk: ‘La cour ne peut, sur le seul appel du prévenu, du civilement responsable, de la partie civile ou de l’assureur de l’une des personnes, aggraver le sort de l’appelant’. Hier zien we opnieuw de toepassing van het verbod van een *reformatio in peius*.<sup>102</sup>

←

Code de Procédure Pénale (CCP).

99 Deze terminologie wordt overigens ook in de Duitse dogmatiek gebruikt; zie H.-J. Scholten, ‘Kernvragen rond de gewone rechtsmiddelen in het kader van Strafvordering 2001’, *D&D* 2002, p. 262.

100 Het gaat om de appelakte. In de jurisprudentie is herhaaldelijk uitgemaakt dat de omvang van de behandeling niet wordt bepaald door de dagvaarding in hoger beroep.

101 Gaston Stefani & Georges Levasseur, *Procédure pénale*, 17<sup>e</sup> édition, Dalloz 2000, p. 843.

102 Dit geldt niet alleen ten aanzien van de publieke actie, maar ook voor de vordering van de benadeelde partij. Zie Stefani/Levasseur & Boulloc, *a.w.* p. 845-846; en Jean-Claude Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, 15<sup>e</sup> édition 2000, p. 389. De complicaties rond

→

De afdoeningsregels na een behandeling in hoger beroep zijn naar Frans recht relatief eenvoudig. In art. 520 CPP wordt zonder omhaal vastgelegd: ‘Si le jugement est annulé pour violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité, la cour évoque et statue sur le fond’. Kortom: de beroepsrechter doet de zaak zelf af. Na geconstateerde vormfouten wordt niet teruggewezen naar de rechter in eerste aanleg. Het gaat hierbij om situaties waarin het oordeel van de eerste rechter berust op een procedure waaraan fatale gebreken kleven. Men spreekt in dit verband van een ‘droit d’évocation’. Is er sprake van een nietige procedure in eerste aanleg, dan heeft de appelrechter weer een grotere vrijheid om over de gehele zaak te oordelen. In dat geval kan hij ook – in afwijking van het eerdere vermeldde verbod van *reformatio in peius* – een hogere straf opleggen dan in eerste instantie. Het is van belang om hier te benadrukken dat er geen uitzonderingen worden aangenomen op de verplichting om de zaak in hoger beroep daadwerkelijk af te doen. Dit geldt bijvoorbeeld ook wanneer de eerste rechter een foutieve beslissing heeft genomen over zijn bevoegdheid, hoewel de afdoening in appel in dergelijke situaties een verlies van een instantie kan impliceren.

Een volgende vraag is of ná de fase van het hoger beroep in een latere instantie bezwaren tegen de eerste aanleg nog een rol kunnen spelen. In dit verband moet worden vooropgesteld dat de hoogste rechter in Frankrijk een echte *cassatierechter* is, en zich dus niet met feitelijke vaststellingen bemoeit (vgl. art. 591 CPP). Uit art. 593 CPP vloeit voort dat er in cassatie vooral wordt gekeken of het bestreden vonnis voldoende is gemotiveerd, en of de (beroeps-)rechter is ingegaan op de verweren die door de verdachte zijn gevoerd danwel de vorderingen die vanwege het openbaar ministerie zijn gedaan. Nieuwe klachten, die tijdens de eerdere fasen van het geding naar voren gebracht hadden kunnen worden, zullen niet-ontvankelijk worden verklaard. De enige uitzondering hierop wordt gevormd door problemen met de absolute competentie: aangezien dit wordt beschouwd als een kwestie van openbare orde, zal de cassatierechter ook dan ingrijpen indien dit niet eerder ter sprake is gebracht.<sup>103</sup>

←

de ‘partie civile’ laten we in dit overzicht verder buiten beschouwing.

- 103 Zie art. 599 CPP: ‘En matière correctionnelle, le prévenu n’est pas recevable à présenter comme moyen de cassation les nullités commises en première instance s’il ne les a pas opposées devant la cour d’appel, à l’exception de la nullité pour cause d’incompétence lorsqu’il y a eu appel du ministère public’, en hierover: Stefani/Levasseur & Bouloc, *a.w.* p. 854.

Gelden er voor de appelrechter bijzondere beslissingsregels, vergelijkbaar met onze eenparigheidsvereisten in art. 424 Sv? Hierbij moet onderscheid worden gemaakt ten aanzien van het gerecht dat een oordeel velt en naar de aard van de beslissing zelf.

Voor de *cour d'assises* zijn er speciale beslissingsregels, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. De drie magistraten en de juryleden (9 in eerste aanleg, 12 in appel) beraadslagen en stemmen gezamenlijk. Het stemmen gebeurt door op individuele 'geheime' briefjes de gestelde vraag met een eenvoudig 'ja' of 'nee' te beantwoorden.<sup>104</sup> Lege of onduidelijke briefjes worden geteld in het voordeel van de verdachte (art. 358 CPP).<sup>105</sup> Een beslissing over de *schuld* (de bewijsvraag) kan alleen in het nadeel van de verdachte worden genomen met een twee-derde meerderheid, dus ten minste 8 tegen 4 in eerste aanleg en ten minste 10 tegen 5 in hoger beroep (zie art. 359 CPP). Na een schuldigverklaring volgt een nieuwe en aparte beslissing over de op te leggen *straf*. Ook op dit punt wordt er gestemd door middel van briefjes. Een straf wordt bepaald bij meerderheid van stemmen, behalve wanneer het gaat om de maximale vrijheidsstraf, die alleen bij twee-derde meerderheid kan worden opgelegd. Is er na twee stemmingsrondes geen meerderheid met betrekking tot de aangewezen straf, dan volgt een derde ronde waarin de zwaarst genoemde straf uit de vorige ronde afvalt. Zo gaat men door tot dat overeenstemming is bereikt. Het effect van deze procedure is dat de straf steeds lager wordt naarmate er meer stemmingen nodig zijn, omdat bij elke ronde de zwaarste straf uit de voorafgaande ronde afvalt.<sup>106</sup>

104 Art. 357 CPP: 'Chacun des magistrats et des jurés reçoit, à cet effet, un bulletin ouvert, marqué du timbre de la cour d'assises et portant ces mots: 'sur mon honneur et ma conscience, ma déclaration est ...' Il écrit à la suite ou fait écrire secrètement le mot 'oui' ou le mot 'non' sur une table disposée de manière que personne ne puisse voir le vote inscrit sur le bulletin. Il remet le bulletin écrit et fermé au président, qui le dépose dans une urne destinée à cet usage.'

105 Dit wordt gezien als een uitvloeisel van het beginsel *in dubio pro reo*; zie Jean-Claude Soyer, *a.w.* p. 371-372.

106 Deze procedure is als volgt in het wetboek geregeld (art. 362 CPP): '(...) La décision sur la peine se forme à la majorité absolue des votants. Toutefois le maximum de la peine privative de liberté encourue ne peut être prononcé qu'à la majorité de huit voix, il ne peut être prononcé une peine supérieure à trente ans de réclusion criminelle lorsque la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité et une peine supérieure à vingt ans de réclusion criminelle. Les mêmes règles sont applicables en cas de détention criminelle. Si, après deux tours de scrutin, aucune peine n'a réuni la majorité des suffrages, il est procédé à une troisième tour au cours duquel la peine la plus forte proposée au tour précédent est écartée. Si, à ce troisième tour, aucune peine n'a encore obtenu la majorité absolue des votes, il est procédé à un quatrième tour et ainsi de suite, en continuant à écarter la peine la plus forte, jusqu'à ce qu'une peine soit prononcée à la majorité absolue des votants.(...)'

Voor de goede orde vermelden wij nog dat de beslissing omtrent de aan het slachtoffer toe te kennen schadevergoeding niet door de assissen, maar alleen door de beroepsrechters wordt genomen (art. 371 CPP).

Indien de zaak wordt berecht zonder jury – dus in hoger beroep door een *cour d'appel* – dan wordt de beslissing, zowel omtrent het bewijs als omtrent de op te leggen sanctie, bij gewone meerderheid genomen. Dat betekent dus dat tenminste twee van de drie oordelende magistraten het eens moeten zijn.<sup>107</sup>

Het Franse recht kent geen *unus*-rechtspraak in appel.<sup>108</sup> Hoger beroep tegen een uitspraak van een assisenhof wordt behandeld door een andere *cour d'assises*, in een nog ruimere bezetting (12 juryleden in plaats van de 9 in eerste aanleg; zie art. 254 e.v. CPP). Men noemt dit het *appel tournant*.

In andere gevallen wordt de zaak behandeld door het hof van beroep (*cour d'appel*), dat oordeelt in een formatie van drie raadsheren (art. 510 CPP; zie ook art. 592 CPP).

### 3.2.4 Engeland

Het Engelse systeem van appelrechtspraak is op het eerste gezicht tamelijk gecompliceerd.<sup>109</sup> Drie factoren dragen daaraan bij. Ten eerste de omstandigheid dat sommige delicten in eerste aanleg worden berecht door een Magistrates' Court, terwijl andere door een Crown Court worden afgedaan. Een tweede element is het principiële verschil dat in het Engelse strafprocesrecht wordt gemaakt tussen het oordeel omtrent de bewijsvraag (resultierend in een 'conviction' of een 'acquittal') en de in een andere processuele fase te nemen beslissing omtrent de op te leggen sanctie ('sentencing'). En ten derde wordt de verhouding tussen de procespartijen – met name vanuit de invalshoek van de vervolgende instantie – anders gezien dan wij op het continent gewend zijn. De consequenties hiervan zullen in het navolgende overzicht kort worden belicht.

Indien een zaak in eerste aanleg is beslist door een Magistrates' Court, zijn er drie mogelijkheden om het oordeel aan te vechten.

107 Zie Stefani/Levasseur & Boulloc, *a.w.* p. 790-792.

108 Jean-Claude Soyer, *a.w.* p. 361-362, p. 390; Stefani/Levasseur & Boulloc, *a.w.* p. 429-433.

109 Zie hieromtrent ook de meer algemene beschouwingen in deelrapport 2, *Het stelsel van gewone rechtsmiddelen* (E.F. Stamhuis).

De eerste daarvan is het beroep op de Crown Court.<sup>110</sup> Deze vorm van beroep staat alleen open voor de verdediging. De veroordeelde kan appelleren tegen het schuldoordeel en/of tegen de opgelegde sanctie. Heeft de verdachte in eerste aanleg een bekenkende verklaring afgelegd, dan is beroep tegen de bewezenverklaring – behoudens strikte uitzonderingen<sup>111</sup> – niet mogelijk. De Crown Court bestaat uit de ‘circuit judge’ en twee leken (de ‘lay magistrates’). In deze appelfase is er geen jury. Als het beroep is gericht tegen de schuldigverklaring, dan wordt de zaak in beginsel geheel overgedaan. Nieuw bewijsmateriaal is zonder beperkingen toelaatbaar. Van belang is dat de partijen de vrijheid hebben om getuigen die in eerste aanleg zijn opgetreden niet opnieuw te verhoren. Het spreekt vanzelf dat het onderzoek ter zitting niet geheel wordt overgedaan indien het beroep is gericht tegen de strafmaat.<sup>112</sup> In dat geval volstaat de aanklager met het geven van een overzicht van de feiten en beperkt de verdediging zich vooral tot het aanvoeren van verzachtende omstandigheden.

De Crown Court heeft een ruime beslissingsvrijheid. In beginsel kan de bestreden beslissing steeds worden bekrachtigd, vernietigd of veranderd, en kan de zaak ook worden teruggewezen naar de Magistrates’ Court. Opmerkelijk is dat er in beroep een hogere straf mag worden opgelegd, zelfs indien er alleen tegen de ‘sentence’ werd geappelleerd.<sup>113</sup> In vergelijkend opzicht is het daarnaast opvallend dat de veroordeelde wiens appel wordt verworpen, kan worden belast met (een deel van) de proceskosten van het geding in hoger beroep. Dit is één van de mechanismen waarmee de Engelse wetgever het instellen van minder kansrijke appellens probeert te ontmoedigen.

Een tweede mogelijkheid om een beslissing van de Magistrates Court aan te vechten is de zogenoemde *Appeal by case stated*, te behandelen bij de High Court (de *Divisional Court of the Queen’s Bench Division*). Dit is evenwel geen rechtsgang die vergelijkbaar is met ons hoger beroep. De feiten die zijn vastgesteld door de eerste rechter vormen het uitgangspunt van

110 Zie Craig Bradley, *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press 1999, p. 133; John Sprack, *Emmins on Criminal Procedure*, 8th edition, Blackstone Press Limited 2000, p. 409 e.v.; Seabrooke & Sprack, p. 246 e.v.

111 Vooral indien de bekentenis niet oprecht is of onder dwang verkregen.

112 Wij signaleren dat de processuele caesuur tussen ‘conviction’ en daarop volgende ‘sentencing’ binnen het Engelse recht het (partiële) strafmaatappel tot een vanzelfsprekendheid maakt.

113 Dit is weer anders indien de *Criminal Cases Review Commission* (op grond van de Criminal Appeal Act 1995, s. 11 en 13) een veroordelend vonnis van de Magistrates Court doorverwijst naar de Crown Court: in dat geval kan geen hogere straf worden opgelegd dan in eerste aanleg.

beoordeling; de toetsingsmaatstaf is uitsluitend of het recht goed is toegepast en of er geen overschrijding van de competentiegrenzen heeft plaatsgehad.<sup>114</sup>

De zogenoemde *Judicial review* door de High Court is evenmin een echte vorm van hoger beroep.<sup>115</sup> Ook bij dit rechtsmiddel toetst de Divisional Court of the Queen's Bench Division vooral op jurisdictievraagstukken en elementaire procedureregels. Dit kan leiden tot een drietal beslissingen: *certiorari* (vernietiging wegens ernstige fouten), *mandamus* (Magistrates' court dwingen haar taken uit te voeren), of *prohibition* (voorkomen van overschrijden van competentiegrenzen). Voor een vergelijking met de Nederlandse regeling van het hoger beroep is deze rechtsfiguur minder interessant.<sup>116</sup>

Van groter belang zijn de voorschriften omtrent het aanvechten van een beslissing door een Crown Court. Deze verschillen al naar gelang de persoon die het beroep instelt en de onderwerpen waarop het is gericht.

Ten eerste is de verdachte gerechtigd om zijn veroordeling ('conviction') aan een hogere rechter, de Criminal Division of the Court of Appeal, voor te leggen.<sup>117</sup> In vergelijkend opzicht is opmerkelijk dat hiertoe toestemming is vereist. Die permissie kan worden verkregen van de rechter *a quo*<sup>118</sup> of van de Court of Appeal. In het laatste geval dient een met redenen omklede aanvraag te worden ingediend. Die wordt beoordeeld door één rechter, die als een soort filter fungeert. Als hij de aanvraag (gemotiveerd) afwijst, kan een nieuw verzoek worden gedaan, dat dan door het gehele college wordt beoordeeld.<sup>119</sup> Het is evident dat de toestemming niet zo snel zal worden verleend als de verdachte in eerste aanleg schuld heeft bekend. Indien de 'rechtsingang' is verleend, wordt het beroep behandeld door drie

114 Zie vooral de Magistrates' Courts Act 1980, s. 111 ('on the ground that it is wrong in law or in excess of jurisdiction'); alsmede Bradley, *a.w.* p. 134; Emmins, *a.w.* par. 25.2; en Seabrooke & Sprack, p. 250-253. Voor meer details verwijzen we ook naar de rechtsvergelijkende par. in het deelrapport over *Het stelsel van gewone rechtsmiddelen* (E.F. Stamhuis).

115 Zie Bradley, *a.w.* p. 134; Emmins, *a.w.* par. 25.3; en Seabrooke & Sprack, *a.w.* p. 253-256.

116 De procedure wordt overigens geregeld in de Supreme Court Act 1981, ss. 29-31, met uitvoeringsregelingen.

117 Criminal Appeal Act 1968, s. 1; Bradley, *a.w.* p. 135; Emmins, *a.w.* par. 24.1-24.6; en Seabrooke & Sprack, *a.w.* p. 321-328.

118 Met als criterium de vraag of er sprake is van een 'particular and cogent ground of appeal with a substantial ground of success': *Parkin* (1928) 20 Cr App R 173 en *Practice Direction* 1983, 1, WLR 1292.

119 Terzijde wijzen we nog op de mogelijkheid dat de *Registrar* bij de ontvangst van het verzoek vaststelt dat er *prima facie* een goede kans van slagen is; dan kan de zaak direct worden aangebracht bij de beroepsrechter.

rechters. Dit leidt niet tot een geheel nieuwe behandeling van de zaak. Het gaat om het toetsen van de concrete bezwaren die tegen de veroordeling zijn ingebracht. De rechters hebben daarbij een vrij grote discretionaire bevoegdheid omtrent het inbrengen van nieuw bewijsmateriaal. Afhankelijk van wat het hof opportuun acht ('necessary or expedient in the interest of justice') kunnen documenten, stukken van overtuiging, getuigen en andere bewijsmiddelen uit de eerste aanleg opnieuw ter zitting ter sprake worden gebracht. De vraag waar het uiteindelijk om gaat is of de Court of Appeal de veroordeling *unsafe* oordeelt (CAA 1968, s. 2). Is dit het geval, dan kan het hof de Crown Court verzoeken de veroordeling om te zetten in een vrijspraak. Is dit niet het geval, dan wordt het beroep afgewezen. Indien in eerste aanleg een fundamentele procedurele onregelmatigheid heeft plaatsgehad<sup>120</sup>, kan het hof beslissen tot een *venire de novo*, een common law bevoegdheid met de strekking dat er een nieuwe behandeling moet komen. Alle beslissingen in appel worden genomen bij gewone meerderheid van stemmen.

De verdachte kan ook apart in beroep gaan tegen de opgelegde straf ('sentence'). Ook hiertoe is verlof vereist, zij het dat de procedure iets afwijkt van wat zojuist is beschreven.<sup>121</sup> Deze vorm van appel is niet mogelijk als een straf is opgelegd die naar hoogte door de wet is bepaald ('not being a sentence fixed by law', CAA 1968, s. 9), hetgeen bijvoorbeeld tot gevolg heeft dat een strafmaatappel na een veroordeling wegens moord is uitgesloten.<sup>122</sup> Een ontvankelijk beroep wordt behandeld door twee rechters. Opmerkelijk is dat het Openbaar Ministerie in deze procedure niet is vertegenwoordigd. Dit wordt gerechtvaardigd door het feit dat de taak van de aanklager in Engeland niet mee omvat het pleiten voor een zwaardere straf. De appelrechter beoordeelt vooral of er procedurefouten ten grondslag liggen aan de strafoplegging, of deze onjuist of excessief was ('wrong in principle or manifestly excessive'), dan wel een niet te rechtvaardigen verschil te zien geeft met de straf die aan medeverdachten is opgelegd (CAA, s. 11 jo. s. 4). Wanneer daarvan sprake is, kan de appelrechter een nieuwe straf bepalen, binnen de bevoegdheidsgrenzen van de Crown Court. In beginsel kan geen hogere

120 Let wel: het gaat hier om zeer bijzondere omstandigheden, waarin sprake is van een 'total mistrial', dus niet om min of meer 'gewone' vormfouten die de geldigheid van het proces kunnen aantasten.

121 Kort gezegd wil het Court of Appeal hier de zaken zoveel mogelijk in eigen hand houden en ontmoedigt het de Crown Court om toestemming te verlenen: zie *Grant* [1990] 12 CR App (s) 441.

122 Ingevolge de *Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965* wordt moord verplicht bestraft met levenslange gevangenisstraf.



straf worden opgelegd dan in eerste aanleg.<sup>123</sup> Worden de twee rechters het onderling niet eens, dan wordt een derde magistraat aan het college toegevoegd en wordt bij meerderheid van stemmen besloten.<sup>124</sup> Ter vergelijking met Nederland: unusrechtspraak is hier dus uitgesloten.

Naast de verdachte<sup>125</sup> kunnen ook anderen beroep instellen tegen een beslissing van de Crown Court.<sup>126</sup> Voor het Openbaar Ministerie zijn twee rechtsmiddelen beschikbaar. De Attorney-General kan in beroep gaan tegen een vrijspraak ingevolge de Criminal Justice Act 1972 (s. 36). Dit beroep op het Court of Appeal leidt echter niet tot een nieuwe behandeling van de feiten.<sup>127</sup> Het gaat hierbij alleen om het verkrijgen van een nader oordeel omtrent een 'point of law which has arisen in the case'. Zelfs indien wordt vastgesteld dat de vrijspraak berust op een foutief rechtsoordeel van de eerdere instantie, heeft dit alleen gevolgen voor toekomstige gevallen: 'a reference under this section shall not affect the trial in relation to which the reference is made or any acquittal in that trial'(CJA, s. 36 (7)). Daarmee ligt deze voorziening in de buurt van wat wij de buitengewone rechtsmiddelen noemen, zodat een vergelijking met het Nederlandse hoger beroep hier niet op z'n plaats is. Dat ligt anders ten aanzien van het tweede rechtsmiddel dat voor de Attorney-General beschikbaar is, het appel tegen een te lichte straf ('sentence'). Dit beroep staat open in geval van een 'offence triable only on indictment' en bij een limitatief opgesomde reeks van andere delicten.<sup>128</sup> Opmerkelijk is dat ook dit door de overheid in te stellen appel is gebonden aan een voorafgaand verlot door de beroepsrechter. Als het tot een behandeling van de zaak in hogere aanleg komt, kan de sanctie alleen opwaarts worden bijgesteld indien er sprake is van een 'unduly lenient sentence'. Naar geldend Engels recht is dat enkel het geval als de rechtsorde ernstig geschokt

123 In sommige situaties wordt het lichtvaardig instellen van appel nog ontmoedigd door de dreiging dat de aftrek van voorarrest in de beslissing van de Court of Appeal zal kunnen vervallen; zie omtrent de details het deelrapport over *Het stelsel van gewone rechtsmiddelen* (E.F. Stamhuis).

124 Supreme Court Act 1981, s. 55 (5).

125 Voor de volledigheid vermelden wij nog een derde beroepsmogelijkheid voor de verdachte, namelijk de aparte route in situaties waarin de schuldigverklaring is uitgesproken door de Magistrates' Court maar de strafoplegging (na doorverwijzing) heeft plaatsgevonden bij de Crown Court (zie s. 10 van de CAA 1968). De details laten wij buiten beschouwing.

126 Zie Bradley, *a.w.* p. 136-138; Emmins, *a.w.* par. 24.7 en 24.8; en Seabrooke & Sprack, *a.w.* p. 335-339.

127 Uiteraard is dit een gevolg van het respect dat moet worden opgebracht voor het oordeel van de jury.

128 Criminal Justice Act 1988, s. 35 (3)(b)

zou zijn indien het bestreden vonnis in stand zou blijven.<sup>129</sup> Met deze nogal zware maatstaf probeert men te verhinderen dat door veelvuldige strafverhogingen in hoger beroep het vertrouwen in het rechtssysteem wordt geschaad. En zelfs wanneer de Court of Appeal besluit dat strafverhoging op de genoemde grond onvermijdelijk is, probeert men de aanpassing zoveel mogelijk te matigen teneinde maatschappelijke onrust te temperen.<sup>130</sup> Hierbij past de conclusie dat internationaal gezien overal de trend bestaat om in het rechtsmiddelenstelsel terughoudend te zijn met strafverhogingen in hoger beroep. Zelfs in landen – of in situaties – waar een absoluut verbod van *reformatio in peius* van de hand wordt gewezen, blijkt er in de praktijk een zekere druk op het systeem te liggen om alleen in evidente gevallen een appelbeslissing te accepteren die voor de verdachte ongunstiger uitvalt dan het oordeel in eerste aanleg.

Naast de Attorney-General is er ook nog een (bescheiden) rol weggelegd voor de *Criminal Cases Review Commission*, die een beslissing van de Crown Court kan doorverwijzen naar de Court of Appeals. Gelet op de toepasselijke regelgeving terzake<sup>131</sup>, behoeft deze mogelijkheid geen aparte bespreking.<sup>132</sup>

### 3.3 Enkele intern-rechtsvergelijkende opmerkingen over het appel.

Voor een beschouwing over de toekomst van het hoger beroep in strafzaken kan een blik op het civiele en bestuursprocesrecht van belang zijn. Daaruit kan inspiratie worden opgedaan, zeker waar het appel op die rechtsterreinen eveneens sterk ter discussie staat en aan verandering onderhevig is, en het kan het draagvlak voor sommige suggesties versterken. Gelet op deze functies en op het evenwicht in onze bijdrage zullen de intern-rechtsvergelijkende opmerkingen globaal zijn en zich op enkele hoofdpunten concentreren. Een inhoudelijk argument voor zo'n compacte behandeling is nog dat er naast algemeen procesrechtelijke noties ook nog wel fundamentele

129 Zie *Attorney-General's Reference (No. 5 of 1989)* (1989) 90 Cr App R 358.

130 Zie *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1991)* (1991) 13 Cr App R (S) 134, waar de appelrechter de straf wilde verhogen van 5 jaar naar 8 jaar, maar uiteindelijk koos voor een duur van 7 jaar.

131 Zie vooral de *Criminal Appeal Act 1995*, s. 9 (2) ('A reference under (1) of a person's conviction shall be treated for all purposes as an appeal by the person under s. 1 of the 1968 Act against the conviction'), en s. 9 (3) ('A reference under (1) of a sentence imposed on (...) a person's conviction on an indictment shall be treated for all purposes as an appeal by the person under s. 9 of the 1968 Act against (...) the sentence...').

132 Zie voor de basisgegevens voorts het deelrapport over *Het stelsel van gewone rechtsmiddelen* (E.F. Stamhuis).

verschillen bestaan tussen de strafprocedure, het civiele proces en een bestuursrechtelijk geding. Een nader onderzoek naar die verschillen is in dit kader niet aan de orde, maar dat gegeven leidt tot een onderzoek naar enkele hoofdpunten.

Het civiele appel is wettelijk gezien summier geregeld, hetgeen ertoe heeft geleid dat de precieze regels veelal in de rechtspraak zijn ontwikkeld.<sup>133</sup> Algemeen wordt voor het civiele appel aan twee systematische ijkpunten prioriteit toegekend: de devolutieve werking van het appel en het grievenstelsel.<sup>134</sup>

Het grievenstelsel benadrukt dat de procespartijen de agenda van het civiele appel bepalen en dat past op zichzelf natuurlijk goed bij het karakter van het civiele procesrecht in het algemeen en de basale taakafbakening tussen partijen en de rechter. De omvang van het civiele appel wordt in beginsel bepaald door de appeldagvaarding, de memorie van grieven van appellant en de eventuele memorie van grieven in het incidentele appel van geïntimeerde – en ook niet later (grievens die in een latere fase worden aangevoerd, moeten in principe worden genegeerd tenzij de wederpartij geen bezwaar tegen het late tijdstip maakt<sup>135</sup>). Binnen de grenzen van het hoger beroep dient de appelrechter bij het slagen van een grief overigens wel alle niet prijs gegeven verweren en stellingen te onderzoeken zonder dat nodig is dat de geïntimeerde daarover zelf incidenteel appel instelde.<sup>136</sup> Het appel is daardoor meer dan een pure behandeling van de aangevoerde grieven en wordt dan ook door Ras en Hammerstein aangeduid als ‘voortgezette instantie’<sup>137</sup> – welke aanduiding in belangrijke mate overeenkomt met ons kernbegrip van het strafvorderlijke appel als een voortbouwende behandeling.

Door het instellen van appel wordt de zaak aan de appelrechter overgedragen (devolutieve werking) met als belangrijke consequentie dat deze de zaak ook zelf moet afdoen. Anders gezegd: na vernietiging van een eindvonnis (tot welke categorie we ons beperken) is een terugwijzing naar de rechter in eerste aanleg niet mogelijk, ook met erkenning van (spanning met) het

133 Geput is met name uit H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer 1999, H.E. Ras en A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer 2001, en F.J.H. Hovens, ‘De omvang van de rechtsstrijd in het hoger beroep in strafzaken’, *AAe* 2001, p. 74-81, en van dezelfde auteur: ‘Het civiele hoger beroep in de toekomst’, *AAe* 2001, p. 866-874.

134 Vgl. Asser-Vranken, *Algemeen Deel*, nrs. 53-58, ook over de inherente spanning tussen die twee ijkpunten.

135 Vgl. Ras-Hammerstein, *a.w.*, nr. 28.

136 Bijv. HR 30 juni 2000, *NJ* 2000, 675.

137 *A.w.*, p. 83.

beginsel op een recht op behandeling van de zaak in twee feitelijke instanties. In de rechtspraak wordt aan deze zijde van de devolutieve werking strak de hand gehouden, er is alleen een uitzondering aanvaard voor de casus dat de rechter in eerste aanleg zich ten onrechte onbevoegd heeft verklaard.<sup>138</sup> Ook dan is overigens afdoening door de appelrechter aangewezen indien de procespartijen daarom vragen. Het is met andere woorden een belangrijke regel van civiel procesrecht dat de appelrechter de zaak zelf beslist. Die regel is strenger dan in het Wetboek van Strafvordering en de rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad te vinden is, maar sluit aan bij de door ons te bepleiten grotere nadruk op zo mogelijk afdoen van de zaak door de appelrechter.

Bijzondere beslissingsregels die overeenkomst vertonen met de door ons ter discussie te stellen strafvorderlijke eenparigheidsregels bestaan in het civiele procesrecht niet. Wel geldt in lijn met de aard van het civiele proces een verbod op *reformatio in peius*. Waar de grondslag van bijzondere beslissingsregels ons in strafvorderlijke zin als dubieus voorkomt, levert het civiele proces daaraan dus evenmin een bijdrage.

In het civiele appel heeft de *unus iudex* slechts een belangrijke plaats als rolrechter. Elke appelzaak wordt ter rolle van de enkelvoudige kamer ingeschreven en door haar behandeld (art. 344 lid 1 Rv). Vervolgens ligt de nadruk op de mogelijkheid van verwijzing naar de meervoudige kamer. Die verwijzing kan in elke stand van het geding plaatsvinden en ook over en weer gaan. Het criterium daarvoor is ten aanzien van de enkelvoudige kamer ruim en open gesteld ('wenselijk toeschijnt' – art. 344 lid 2 Rv). De eindbeslissing wordt in civilibus in appel echter in de regel meervoudig gegeven (art. 16 NRv).<sup>139</sup>

Ook het civiele procesrecht wordt fundamenteel en geïntegreerd herzien. Voor de eerste aanleg heeft dat tot een omvangrijke herziening van de wettelijke regeling geleid; in de rede ligt dat in de nabije toekomst ook het appel aan de beurt komt. Een van de centrale vragen daarbij zal zijn, zoals Hovens benadrukt, of het karakter van een voortgezette behandeling niet sterker tot uitdrukking moet komen in die zin dat een van de criteria om de processuele opstelling van partijen in appel te toetsen zal moeten worden in hoeverre de vordering, het argument of het feit al correct in eerste aanleg naar voren is gebracht en in hoeverre dat mogelijk was. Er zouden dan meer consequenties worden verbonden aan de in de eerste aanleg gekozen proces-

138 Zie HR 16 april 1993, *NJ* 1993, 654 m.nt. HER en recent HR 23 juni 2000, *NJ* 2001, 347 m.nt. WMK.

139 Namelijk met uitzondering van familiezaken die in eerste aanleg enkelvoudig zijn afgedaan.

suele opstelling, met als oogmerk dat de essentialia zo spoedig mogelijk op tafel worden gelegd en het tempo van de civiele procedure kan worden opgevoerd.<sup>140</sup> Thans kunnen nieuwe stellingen zonder veel drempels naar voren worden gebracht; van een partij mag ook niet een verklaring voor het late tijdstip van inbreng worden verlangd.<sup>141</sup> Denkbaar is met andere woorden dat niet alleen het voortgezette maar ook het voortbouwende karakter van het civiele appel in de toekomst zal worden benadrukt.

Het bestuursrechtelijk appel is in zekere zin verbrokkeld geregeld, hetgeen bijvoorbeeld tot uiting komt in de aanwezigheid van drie verschillende appelrechters, de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. In het kader van onze interne rechtsvergelijking op kernpunten kan echter toch wel van een vaste hoofdvorm van bestuursrechtelijk appel worden gesproken die enkele interessante aspecten kent.<sup>142</sup>

Ook in het bestuursprocesrecht bepalen de partijen als regel in hoofdzaak de omvang en de agenda van het appel. Art. 8:69 AWB geeft hier de hoofdregel: de rechter ‘doet uitspraak op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.’ In lid 2 wordt vervolgens imperatief aan de rechter voorgeschreven ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen; ten aanzien van aanvulling van de feiten wordt in lid 3 een facultatieve bevoegdheid onder woorden gebracht. De Memorie van Toelichting merkte kernachtig op dat het beroepsschrift ‘richtinggevend en niet doorslaggevend’ is.<sup>143</sup> Maar vooral de omvang van het geding wordt wel vrij dwingend door de naar voren gebrachte bezwaren bepaald.<sup>144</sup>

140 Over de huidige mogelijkheden voor vermeerdering van eis, nieuwe grieven en nieuwe feiten Ras en Hammerstein, *a.w.*, p. 20-23 en 34-44.

141 Zie bijv. HR 19 oktober 1979, *NJ* 1980, 126 m.nt. WHH en HR 11 december 1998, *NJ* 1999, 341.

142 Zie voor een goed overzicht en veel specifieke informatie bijv. de recente evaluatiestudie van A.J. Bok e.a., *Het bestuursrechtelijk hoger beroep*, Den Haag 2002, alsmede M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb; het bestuursprocesrecht*, Deventer 2001, p. 234-281, T.A. van Kampen, ‘De positie van het hoger beroep in het bestuursrecht’, *AAe* 2000, p. 512-520, en J.E.M. Polak, ‘Hoger beroep in het bestuursrecht’, *AAe* 2001, p. 622-629.

143 Vgl. H.K. Elzinga, *In Beroep* (diss. Tilburg), Deventer 1998, p. 92.

144 CRB 20 maart 1997, *AB* 1997, 197 en CRB 31 oktober 1997, *AB* 1998, 102.

Doordat blijkens de rechtspraak nieuwe bezwaren en argumenten in appel niet zonder meer worden geaccepteerd,<sup>145</sup> staat bij de beoordeling in appel de uitspraak in eerste aanleg centraal en minder het daaraan ten grondslag liggende besluit. 'Dat bevordert een rechtspraak, waarin men zich er van bewust is dat men de procedure in eerste aanleg optimaal moet benutten en aldus de behoorlijke procesorde en de proceseconomie'.<sup>146</sup> In de bestuursrechtelijke context wordt overigens als bijzondere beslissingsregel rechtstreeks uit art. 8:69 afgeleid dat de appellant er niet op mag achteruitgaan. Dit verbod op *reformatio in peius* werd al in de Memorie van Toelichting besproken<sup>147</sup> en wordt als hoofdregel niet problematisch gevonden en is verder ook niet afhankelijk van bijzondere beslissingsregels (over bijv. eenparigheid).

Afdoening van de zaak door de bestuursrechtelijke appelrechter is de duidelijke hoofdregel die in art. 44 en 45 Wet op de RvS is neergelegd. Terugwijzing naar de vorige aanleg is in de eerste plaats mogelijk wanneer de rechter in eerste aanleg ten onrechte haar onbevoegdheid of de niet-ontvankelijkheid van de betrokken procespartij heeft uitgesproken, maar ook dan kan de appelrechter de zaak zelf afdoen 'indien zij naar haar oordeel geen nadere behandeling door de rechtbank behoeft'. Over dat oordeel kunnen de procespartijen hun opvatting natuurlijk kenbaar maken – maar een expliciete wettelijke regeling is daarvoor niet getroffen. Daarnaast heeft de appelrechter een algemene, niet nader gereguleerde bevoegdheid om terug te wijzen wanneer men 'van oordeel is dat de zaak opnieuw door de rechtbank moet worden behandeld'. Maar net als in het civiele procesrecht staat wat dit betreft de devolutieve werking van het appel voorop.

Over de vraag of een zaak in appel enkelvoudig of meervoudig wordt afgedaan, bevat art. 37 Wet op de RvS een interessante regeling. Elke zaak wordt in behandeling genomen door een meervoudige kamer (lid 2). Deze kan de zaak verwijzen naar een enkelvoudige kamer (lid 3) maar de enkelvoudige kamer kan ook verwijzen naar de meervoudige kamer (lid 4). Dit is mogelijk in elke stand van het geding (lid 5, en: 'een verwezen zaak wordt voortgezet in de stand waarin zij zich bevindt') en het open criterium is steeds in hoeverre een zaak naar het oordeel van de rechter die de zaak onder zich heeft 'geschikt' is voor enkelvoudige afdoening (lid 3 en 4). Ook in de-

145 Zie bijv. *ABR* 16 december 1996, *AB* 1997, 94 ('dit zou slechts anders zijn indien sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan van appellant redelijkerwijs niet kon worden verlangd dat hij die grieven eerder naar voren had gebracht') en *ABR* 3 april 2000, *AB* 2000,222.

146 Schreuder-Vlasblom, *a.w.*, p. 256.

147 *Kamerstukken II* 22 495, p. 141, 142.

ze regeling ligt dus sterk de nadruk op open normen en een permanente en eventueel herhaalde verwijzingsmogelijkheid door de rechter, of met andere woorden: op de verantwoordelijkheid van de behandelende rechter zelf. Overigens komt op dit punt de verbrokkelde regeling van het bestuursrechtelijk appel in de gedetailleerde uitwerking wel naar voren.<sup>148</sup>

Uit deze globale interne rechtsvergelijking kan steun worden afgeleid voor onze voorstellen over het strafrechtelijke appel omdat het veelal blijkt te gaan om betrekkelijk algemene onderliggende gedachten over de verantwoordelijkheid van de appelrechter (weinig gedetailleerde normen) en over redelijke eisen aan de voortgang van een procedure. Los van de precieze vormgeving van nadere regelgeving zijn de aan een grievenstelsel en devolutieve werking ten grondslag liggende gedachten zo gezien als algemeen procesrechtelijke uitgangspunten te kwalificeren.

Zowel in het civiele als in het bestuursprocesrecht bleek de gedachte van een voortbouwend appel dat in sterke mate wordt geconcentreerd op de punten die de procespartijen na de eerste aanleg verdeeld houdt, een leidend uitgangspunt te zijn. Datzelfde geldt voor het bestuursrechtelijke uitgangspunt dat procespartijen na de eerste aanleg niet *zonder meer* met nieuwe feiten en argumenten kunnen komen; dat tijdstip mag op redelijkheid worden getoetst. Opmerkelijk is ook het elders levende uitgangspunt dat de appelrechter de zaak na de eerste aanleg ter beslissing krijgt overgedragen; de belangrijkste uitzondering daarop bleek steeds dat de rechter in eerste aanleg bijvoorbeeld door een ten onrechte uitgesproken onbevoegdheidsverklaring de zaak in het geheel nog niet inhoudelijk had behandeld. De strafvorderlijke verfijningen over onvoldoende kwaliteit van de eerste aanleg als grond voor terugwijzing ontbraken; in de bestuursrechtelijke variant ging het hierbij om een open bevoegdheid van de appelrechter.

Met uitzondering van de algemene regel tegen *reformatio in peius* werden geen bijzondere beslissingsregels voor de appelrechter aangetroffen, laat staan regels die op stemverhoudingen betrekking hebben. De alleensprekende appelrechter tenslotte bleek op zichzelf vooral in het bestuursprocesrecht als mogelijkheid te zijn geaccepteerd. Opvallend daarbij was de grote nadruk op de mogelijkheid van verwijzing op elk tijdstip en – door de hantering van open criteria – op de verantwoordelijkheid van de rechter: die algemene notie verdient ons inziens ook in het strafrecht navolging.

148 Schreuders-Vlasblom, *a.w.*, p. 238 noemt in dit verband nog als belangrijke randvoorwaarde of de zaak in eerste aanleg enkelvoudig is afgedaan (anders is dat in appel problematisch) en spreekt over een hoofdregel van meervoudige behandeling.

---

## 4      **Uitgangspunten voor een nieuwe regeling**

### 4.1      *Inleiding*

Het rechtsmiddel van hoger beroep is van vitaal belang voor de kwaliteit van de strafrechtspraak. In appel wordt de feitelijke behandeling van een strafzaak gecompleteerd. Het vonnis of arrest van de beroepsrechter bevat dan ook in menig opzicht een finaal oordeel over de merites van de zaak. Deze omstandigheid dient te worden weerspiegeld in de zorgvuldigheid van het onderzoek dat aan zo'n uitspraak voorafgaat. Anderzijds dient een adequate normering van de beroepsprocedure te voorkomen dat het geding onnodig lang voortsleept. In het huidige wetboek is dit oogmerk herkenbaar in het concentratiebeginsel van art. 406 Sv en in verspreide bijzondere bepalingen.<sup>149</sup> Bovendien moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat het geding in hoger beroep een rituele fase wordt. De wettelijke voorschriften dienen zo te worden ingericht dat het rechtsmiddel een zichtbare toegevoegde waarde heeft.

Een tweede prealabele opmerking betreft het zogenaamde 'bovenbouw-karakter' van de regeling omtrent het hoger beroep.<sup>150</sup> Ongeacht de vraag hoe het rechtsmiddel precies vorm moet worden gegeven, vast staat dat het appel voortbouwt op het geding in eerste aanleg. Dat kan niet zonder consequenties blijven. In de eerder uitgebrachte deelrapporten van ons onderzoeksproject is uitvoerig aangegeven hoe wij de verhouding zien tussen het onderzoek ter zitting in eerste aanleg en het voorbereidend onderzoek. Daarin is gemotiveerd uiteengezet dat wij de openbare terechtzitting als uitgangspunt nemen, met als gevolg dat de bijzondere kenmerken daarvan gevolgen hebben voor de inrichting en de normering van het vooronderzoek.<sup>151</sup> In het onderhavige deelrapport nemen wij opnieuw de structuur van het geding in eerste aanleg als uitgangspunt. De bijzondere kenmerken daarvan zullen moeten worden verdisconteerd in een daarop aansluitende regeling van het hoger beroep.

Het hoger beroep mag dan een bovenbouw zijn op de berechting in eerste aanleg, dit neemt niet weg dat de centrale desiderata die tot dusverre in

149 Voorbeelden zijn het in de inleiding reeds genoemde art. 409 lid 1 Sv, waarin wordt bepaald dat de griffier van de rechtbank de stukken van het geding 'zoo spoedig mogelijk' inzendt naar het gerechtshof, en art. 412 lid 1 Sv, met de aansporing dat de voorzitter van het hof 'zo mogelijk binnen acht dagen' nadat de stukken zijn overgebracht de dag van de terechtzitting in hoger beroep vaststelt.

150 Zie par. 1.1 hierboven.

151 Zie vooral het Algemeen Deel van *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer, Gouda Quint 2001, p. 67-72.



het onderzoeksproject zijn ontwikkeld zich ook goed lenen voor een zelfstandige toepassing op de appelfase.<sup>152</sup> Wij volstaan met vermelding van de belangrijkste elementen. Juist ook in de appelfase is het aangewezen om rechtsbescherming op maat te bieden. Waar berechting per definitie beslag legt op schaarse middelen, moet het een vanzelfsprekende prioriteit zijn om die middelen juist daar in te zetten waar daaraan het meeste behoefte bestaat. Ook hier leidt dit gezichtspunt tot differentiatie. Het wettelijk regiem dient te zijn afgestemd op de belangen die op het spel staan. Hoe ingrijpender de rechterlijke beslissing is, hoe groter de waarborgen dienen te zijn waarmee de waarheidsvinding is omringd. In het verlengde hiervan noemen we de opstelling van de procesdeelnemers. In dit project streven we zoveel mogelijk naar een open wettelijke regeling, die ruimte en structuur biedt waarbinnen de partijen zinvol en doelgericht kunnen opereren. Deze maatstaf heeft bij uitstek grote heuristische waarde bij het vormgeven van de wettelijke regeling omtrent het hoger beroep.

#### 4.2 *Het karakter van hoger beroep; implicaties*

In deze paragraaf schetsen wij de contouren van een wettelijke regeling van het rechtsmiddel van hoger beroep. Dat zal gebeuren aan de hand van een korte beschouwing over het karakter van het hoger beroep. Wij zijn namelijk van oordeel dat een principiële positiebepaling omtrent aard en betekenis van het appel de voorwaarde en de grondslag vormt van een wettelijke normering dienaangaande.

Bij de omlijning van het karakter van hoger beroep stellen wij voorop dat het aanwenden van dit rechtsmiddel moet leiden tot een volwaardige, zelfstandige feitelijke instantie in de procedure. Met volwaardig wordt in dit verband bedoeld dat de appelfase wordt beheerst door een eigen juridisch statuut waarin aan alle betrokkenen bij het proces een ‘fair trial’ wordt gewaarborgd. Het trefwoord ‘zelfstandig’ refereert aan het doel van het hoger beroep. Het rechtsmiddel beoogt het mogelijk te maken een nieuwe beslissing over de strafzaak te krijgen, afkomstig van een hogere rechter. Dit brengt met zich mee dat de appelrechter een eigen verantwoordelijkheid heeft voor het geven van een antwoord op het volle spectrum van de vragen van art. 348 en 350 Sv.<sup>153</sup> Hij kan niet *nolens volens* worden genoopt genoeg te nemen met oordelen van de rechter in eerste aanleg die hij niet kan

152 Zie vooral par. 3.4 en par. 4 van het Algemeen Deel van *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen, 1999, p. 18-28.

153 Uiteraard daaronder begrepen de voor de appelfase specifieke vragen als de ontvanke-  
lijkheid van het beroep etc.

delen. Kortom: de appelrechter geeft uiteindelijk een eigen beslissing die in de plaats treedt van het bestreden vonnis.<sup>154</sup>

Het voorafgaande houdt in dat de rechter in hoger beroep materieel be-  
zien oordeelt over alle aspecten die voor de afdoening van de strafzaak van  
belang zijn. Dit laat onverlet de vraag langs welke weg – en op grond van  
welke gegevens – dit oordeel tot stand komt en op welke wijze het dient te  
worden verantwoord.

Wat dat betreft zijn er verschillende modellen denkbaar. Zo zou het ho-  
ger beroep vorm gegeven kunnen worden als een *geheel nieuwe behandeling*  
van de zaak. Dat zou inhouden dat de appelrechter de zitting dient in te  
richten alsof er geen proces in eerste aanleg aan is vooraf gegaan. Alle stuk-  
ken zouden opnieuw de revue moeten passeren; eventuele getuigen en des-  
kundigen dienen wederom te worden gehoord. In het arrest van de appel-  
rechter zou – consequent doorgeredeneerd vanuit de idee van een echt volle-  
dig nieuwe behandeling – uitsluitend gebruik mogen worden gemaakt van de  
gegevens die ter zitting in hoger beroep aan de orde zijn geweest.

Een model dat aan de andere pool van een theoretisch continuüm is ge-  
situeerd is het zogenaamde *corrigerend appel*. De beroepsrechter toetst op  
een nauwkeurig afgebakend aantal gronden of de rechter in eerste aanleg een  
fout heeft gemaakt. Er vindt in beginsel geen zelfstandig onderzoek naar de  
feiten plaats, maar er wordt bezien of het bestreden eerdere rechterlijke on-  
derzoek naar de feiten volgens de (juridische) regelen der kunst is verlopen.  
Dit brengt ook met zich mee dat de verantwoording van het daaruit voort-  
vloeiende oordeel vrijwel volledig zal berusten op bewijsmiddelen en andere  
gegevens die in eerste aanleg naar voren zijn gekomen.

De wetgever van 1926 heeft gekozen voor een constructie die ergens in  
het midden ligt. Weliswaar gold als uitgangspunt dat er een nieuw en volle-  
dig onderzoek naar de feiten zou worden ingesteld, maar in paragraaf 1.1 is  
reeds gebleken dat deze opzet vergaand is beïnvloed door drie ‘nuancerin-  
gen’, waarvan de regeling van art. 422 Sv de meest principiële en ingrijpen-  
de was. Dat wordt ook plastisch tot uitdrukking gebracht in de aanduiding  
‘middenstelsel’. Vervolgens hebben we in paragraaf 1.4 hierboven aanne-  
melijk gemaakt dat dit ‘stelsel’ op zodanige wijze is vormgegeven – en in de  
jurisprudentie op zodanige wijze is gemodificeerd – dat daar nauwelijks nog  
een hechte systematische structuur in valt te herkennen. Ook wij kiezen voor  
een tussenpositie, die wij trefwoordgewijs aanduiden als een *voortbouwende*

154 Dit is een algemeen kenmerk van de voorzieningen rond rechtsmiddelen. Voorkomen  
moet immers worden dat er na het instellen van een rechtsmiddel twee beslissingen over  
een strafzaak naast elkaar bestaan.

*behandeling* van de strafzaak. Deze positionering van het hoger beroep zou ten opzichte van het geldende recht een meerwaarde moeten hebben door een strakkere uitwerking van enkele funderende gedachten.

De onderliggende reden waarom wij kiezen voor een concept van een ‘voortbouwend appel’ is gelegen in de omstandigheid dat dit het beste aansluit op de generieke argumenten die doorgaans worden aangevoerd om de beschikbaarheid van rechtsmiddelen te rechtvaardigen. In de literatuur overheersen de volgende redenen<sup>155</sup>:

- a.* de behoefte aan eenheid in de rechtspraak;
- b.* de behoefte aan bescherming tegen willekeur van de rechter;
- c.* de behoefte aan correctie op vergissingen;
- d.* de behoefte, die zowel het OM als de verdachte kunnen hebben om na de eerste uitspraak hun stellingen nog eens opnieuw voor een rechter te brengen, omdat zij de eerste maal niet voldoende hadden gezien waar eigenlijk de quintessence van de zaak lag.

Zien wij het goed, dan heeft het hoger beroep per definitie – dus: onafhankelijk van de positiefrechtelijke invulling of uitwerking – een functie in termen van bevorderen van (ressortelijke) eenheid en bescherming tegen willekeur (*a* en *b*). De mate waarin kan worden bijgedragen aan de sub *c* en *d* verwachte effecten wordt evenwel sterk medebepaald door de wijze waarop het rechtsmiddel in een wettelijk systeem is uitgewerkt. Onze positionering van een ‘voortbouwend appel’ dient er nu toe vanuit deze gezichtspunten optimaal bij te dragen aan de kwaliteit van de gehele gedingvoering. Waar het om gaat is dat het vonnis in eerste aanleg (met de daaraan ten grondslag liggende procedure) wordt gezien als het voorwerp – en het startpunt – van discussie. De uitgewerkte beslissing, met de daaraan verbonden redengeving, stelt de verdediging en het OM in staat na te gaan hoe de rechter is omgegaan met – resp. heeft geoordeeld over – de door hen naar voren gebrachte stellingen en verweren. Aan de hand daarvan kunnen zij een standpunt innemen omtrent de adequatie van de rechterlijke respons op de inbreng van de procespartijen. Soms zal dit er toe leiden dat zij een vergissing denken waar te nemen (argument *c*), in andere situaties kan het uitgeschreven vonnis leiden tot een verdiept inzicht omtrent de kern van de eigen procespositie (argument *d*). In beide gevallen kan het geding in appel aan scherpte – en dus aan kwaliteit – winnen als de procedure in hoger beroep

155 Zie J.M. van Bemmelen, ‘Is wijziging van de regeling betreffende de hogere voorziening in strafzaken gewenst, en zoo ja, in welken zin’, preadvies Nederlandse Juristenvereniging, *Handelingen NJV* 1938, p. 6.

zoveel mogelijk is toegespitst op de hier bedoelde inbreng van de verdediging resp. van het OM.

Het concept van een *voortbouwend appel* moet natuurlijk nader worden ingevuld. In essentie gaat het daarbij om de vraag: hoe wordt de agenda van het geding in hoger beroep bepaald en hoe wordt deze vervolgens afgewerkt? Als uitgangspunt geldt hierbij dat het hoger beroep een zelfstandige feitelijke rechtsgang is. Zoals eerder gezegd betekent dit dat de appelrechter een eigen verantwoordelijkheid heeft een eindoordeel te geven omtrent alle vragen van art. 348 en 350 Sv. In abstractie is dit tableau van vragen de agenda van het geding. Maar in concreto moet dit tableau worden ingekleurd door de verdediging en door het OM. In onze voorstelling heeft de appelrechter een taak die vergelijkbaar is met de opdracht van de rechter in eerste aanleg in relatie tot de formele vragen van art. 348 Sv. Ter zitting wordt aan deze voorvragen niet apart aandacht besteed, tenzij de rechter ambtshalve op één van de desbetreffende punten aanleiding ziet om problemen te verwachten, danwel de verdediging of het OM aandringt op een eindbeslissing ex art. 349 Sv. In die situaties moet er nadrukkelijk onderzoek volgen en dient daarvan in het vonnis verantwoording te worden afgelegd. Het ‘voortbouwend appel’ zou de beslissing van de rechter in eerste aanleg tot vertrekpunt moeten nemen. De terechtzitting in hoger beroep dient inhoudelijk betrekking te hebben op die onderdelen van het beroepen vonnis waar de appelrechter ambtshalve voorlopig wezenlijk anders tegenaan kijkt en vooral op overwegingen en beslissingen waartegen door de verdediging of het OM bezwaar wordt gemaakt.<sup>156</sup> Dat betekent praktisch gesproken dat het geding in appel wordt geconcentreerd rond die kwesties waar expliciet tegen wordt geopponeerd. Bezwaren kunnen blijken uit een schriftuur als bedoeld in het huidige art. 410 Sv, uit een opgave aan het begin van de appelzitting volgens het huidige art. 416 Sv, of uit de opstelling van de partijen tijdens het verloop van de terechtzitting in hoger beroep. De aandacht van de beroepsrechter dient te worden geconcentreerd op deze grieven. Daarbij past een voorschrift waarin de rechter wordt verplicht in zijn arrest verantwoording af te leggen omtrent zijn oordeel over de ingebrachte bezwaren.

156 Wij herhalen dat de bezwaren ook betrekking kunnen hebben op het procesverloop dat aan de beslissing in eerste aanleg ten grondslag ligt.

### 4.3 *Uitwerking op hoofdlijnen*

#### 4.3.1 De inzet van het geding in appel

De voorafgaande positionering van het hoger beroep houdt in dat de zitting in appel in theorie ruimte biedt om het geding in eerste aanleg in volle omvang over te doen. Beslissend is de opstelling van de procespartijen. Als zij gefundeerde bezwaren naar voren brengen ten aanzien van alle onderdelen van de voorafgaande procesfase, zal de appelrechter die moeten onderzoeken en daar een beslissing op moeten geven. Datzelfde geldt wanneer de appelrechter zelf daar aanleiding toe ziet. De toegevoegde waarde van het concept van een voortbouwend appel is gelegen in de omstandigheid dat dit geen automatisme is. De winst is gelegen in het vermijden van *onnodig* werk, door alle onderdelen van de procedure in eerste aanleg waarover geen verschil van mening (meer) bestaat, in beginsel buiten het thema van onderzoek en beraad te houden.

In paragraaf 1.4 hierboven zijn wij uitvoerig ingegaan op de problemen rond het *partieel appel*. Betoogd is dat het verbod om het hoger beroep formeel te beperken tot een deel van de bestreden beslissing moet worden gehandhaafd. Het is van belang om op deze plaats vast te stellen dat het zojuist beschreven uitgangspunt een aantal van de traditionele vragen rond het partieel appel absorbeert en daarmee de eerder getrokken conclusie bevestigt en versterkt. Partieel appel komt immers vooral aan de orde indien een partij bezwaar heeft tegen bepaalde onderdelen van het vonnis in eerste aanleg, maar de overige bestanddelen daarvan onaangetast wil laten. In de werkwijze van een voortbouwend hoger beroep wordt materieel hetzelfde effect bereikt. Dat wil zeggen: met onze karakterisering van het hoger beroep worden dezelfde voordelen mogelijk gemaakt, maar worden de belangrijkste nadelen van de figuur van het partieel appel vermeden omdat de beroepsrechter een eigen (zij het doorgaans sluimerende) verantwoordelijkheid behoudt voor de niet rechtstreeks bestreden onderdelen van het vonnis in eerste aanleg. Dit blijkt waarschijnlijk het duidelijkst in relatie tot het zo lang omstreden strafmaatappel. Indien een verdachte het rechtsmiddel aanwendt omdat hij het niet eens is met de opgelegde sanctie, zal deze klacht inhoudelijk het zwaartepunt van het onderzoek in tweede aanleg bepalen. Dat laat evenwel onverlet dat de appelrechter ambtshalve zal moeten – en kunnen – ingrijpen indien hij van oordeel is dat de zaak op één van de aan de strafoplegging voorafgaande vragen moet stranden en geen veroordeling mogelijk is.

Anderzijds roept de notie van het voortbouwend appel ook een aantal nieuwe vragen op. Wellicht de meest voor de hand liggende – tevens de meest klemmende – daarvan is de vraag op welke wijze de partijen hun pro-

cespositie in appel kunnen openbaren en in welke mate zij kunnen worden gebonden aan eenmaal opgegeven bezwaren. Dit is van principieel belang. De bedenkingen die worden ingebracht bepalen immers in hoofdzaak het substraat van het onderzoek ter zitting en vormen de voornaamste onderwerpen waarover in het daarop volgende arrest verslag moet worden gedaan. Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling om de appelfase zó in te richten dat er zo spoedig mogelijk uitsluitsel wordt geboden omtrent de proceshouding van de partijen. De bestaande mogelijkheid van art. 410 Sv dient daarom te worden behouden. De status van de langs deze weg opgegeven bezwaren verandert evenwel. Naar geldend recht bevat deze schriftuur een tamelijk vrijblijvende opsomming van argumenten die ‘een voor de rechter oriënterende bijdrage’ leveren aan het geding in hoger beroep.<sup>157</sup> In onze visie op een voortbouwend appel krijgt het document een zwaardere lading. De aandachtspunten die daarin worden geformuleerd moeten in elk geval voorwerp van onderzoek zijn ter zitting in appel en de beslissing daaromtrent dient te worden verantwoord in het arrest van de beroepsrechter. Ook voor de procespartijen zelf zou de schriftuur een minder vrijblijvend karakter moeten krijgen. De schriftuur bevat een indicatie van de bezwaren die in appel naar voren worden gebracht. Dit is geen definitieve opgave van klachten, maar wel een voorlopige lijst, die niet meer geheel naar believen aan de kant kan worden gezet.<sup>158</sup>

Het is van belang om snel inzicht te krijgen in de proceshouding van de partijen, maar van nog groter gewicht is dat de bezwaren tegen het vonnis in eerste aanleg op een *zorgvuldige* wijze worden geïnventariseerd. De schrif-

157 R.C.P. Haentjens, in: Melai c.s., *Het Wetboek van Strafvordering*, aant. 3 op art. 410 (suppl. 36), met vermelding van literatuur waarin de vaste rechtspraak op dit punt van de hand wordt gewezen.

158 Naar geldend recht bindt de door de officier van justitie ingediende schriftuur de advocaat-generaal bij het hof in het geheel niet. Laatstgenoemde kan zelfstandig en in volle vrijheid een eigen oordeel over de zaak geven (zie Haentjens in Melai c.s., *ibidem*). Sedert de reorganisatie van het Openbaar Ministerie is de praktijk overigens in zoverre veranderd, dat er afstemming pleegt plaats te hebben tussen de officier en de A-G bij het hof. In de structuur die ons voor ogen staat, ligt het voor de hand nog een stap verder te gaan. Weliswaar zou de officier van justitie de schriftuur ex art. 410 Sv kunnen opstellen en ondertekenen, maar vervolgens zou de behandelende A-G bij het gerechtshof nog vóór de appelzitting kenbaar moeten maken welke van de opgegeven bezwaren hij wenst te handhaven. Een dergelijke werkwijze zou de berekenbaarheid van het procesverloop optimaliseren; het sluit tevens aan bij de bestaande bevoegdheid van de A-G om een ingesteld hoger beroep in te trekken (art. 453 lid 2 Sv).

tuur van art. 410 Sv kan daarom nooit meer dan een eerste stap zijn.<sup>159</sup> Teneinde – ook vanuit het onderhavige gezichtspunt – een optimale voorbereiding van de terechtzitting in hoger beroep te bevorderen, stellen wij voor om ook in de appelfase de mogelijkheid te openen van een *regiezitting*.<sup>160</sup> Een dergelijke – facultatieve – regiezitting kan bij uitstek geschikt zijn om zicht te krijgen op datgene wat de procespartijen verdeeld houdt, in welke opzichten zij het niet eens zijn met de beslissing van de rechter in eerste aanleg, en om te bepalen hoe het onderzoek ter zitting in hoger beroep moet worden uitgevoerd teneinde op de omstreden punten voldoende informatie te vergaren. Deze informele voorprocedure draagt derhalve bij aan het contradictoire karakter van het geding en bevordert de doelmatigheid, aangezien de betrokkenen alleen op goede gronden hun eerder ingenomen proceshouding kunnen wijzigen. Aangezien bij gelegenheid van de regiezitting ook afspraken worden gemaakt omtrent de in appel op te roepen getuigen en deskundigen, leidt dit tevens tot een vermindering van het aantal schorsingen en – dus – tot een zinvoller benutting van de beschikbare zittingscapaciteit.

In lang niet alle zaken zal een regiezitting nodig zijn. Daarom moet er ook ter terechtzitting in hoger beroep een aparte mogelijkheid zijn om, bij voorkeur zo vlot mogelijk, duidelijk te maken in welke opzichten er bezwaren bestaan tegen de beslissing van de rechter in eerste aanleg. De huidige voorziening van art. 416 Sv zouden wij daarom – in aangepaste vorm – willen handhaven. Ten eerste dient het voorschrift te worden uitgebreid naar het OM, en wel in een meer imperatieve vorm. Het past bij het bovenbouw-karakter van het hoger beroep om in gevallen waarin het rechtsmiddel is aangewend door het OM, onmiddellijk na de voordracht van de zaak te vernemen op welke punten de advocaat-generaal ontevreden is met de uitkomst in eerste aanleg. En ook hier zouden wij aan het opgeven van bezwaren een meer formele status willen toekennen. De appelrechter is verplicht zijn on-

159 Al was het alleen maar omdat op het moment van aanwenden van het rechtsmiddel – en in de periode van twee weken daarna – het vonnis veelal nog niet compleet is uitgewerkt. Dit is naar geldend recht het geval; er moet rekening mee worden gehouden dat dit ook in de toekomst – ongeacht de inhoud van regelgeving daaromtrent – niet zal veranderen.

160 Zie omtrent de eerste aanleg ons eerste interimrapport, *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen, 1999, Algemeen Deel p. 43-44; en Deelrapport 7, 'De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling' (A. den Hartog), p. 275 e.v. Zie vooral p. 329 omtrent een *pro forma* zitting en p. 337-339 omtrent informeel overleg tussen de rechter en de verdediging en het OM. Beide varianten kunnen ook in de appelfase nuttig zijn, en ze zijn systematisch goed te verantwoorden.

derzoek in het bijzonder daarop te richten en hij moet in zijn arrest juist op deze punten een gemotiveerde beslissing geven.

Tenslotte behoudt zowel de verdediging als het OM de mogelijkheid om gedurende de terechtzitting in appel nog nieuwe bezwaren onder de aandacht te brengen. Deze restmogelijkheid is noodzakelijk, al was het alleen maar om de gelegenheid te geven te reageren op de standpunten die door de wederpartij in die fase naar voren worden gebracht. Daarbij dient wel te worden bedacht dat naarmate een bedenking of een verweer in een later stadium naar voren wordt gebracht, de mogelijkheden tot inhoudelijk feitenonderzoek navenant kunnen teruglopen. Zo zal een verzoek om nieuwe getuigen te horen – en daartoe te schorsen – gemakkelijker van de hand kunnen worden gewezen indien er geen goede reden bestaat waarom het desbetreffende verzoek niet eerder op één van de daartoe aangewezen momenten is gedaan.

Het algemene beeld is dus dat het wettelijk systeem van het hoger beroep moet stimuleren om bezwaren zo vroeg mogelijk onder woorden te brengen. Bij voorkeur in de schriftuur, omdat daarmee de mogelijkheden voor een adequate planning van de zitting worden bevorderd en het de wederpartij optimaal in de gelegenheid brengt om daar eventuele contrasterende standpunten tegenover te plaatsen. Hoe later in de procedure – zonder goede reden – nieuwe beslispunten naar voren worden gebracht, hoe minder gelegenheid kan worden geboden om daaromtrent bijzondere onderzoeksmodaliteiten te activeren. In onze beschouwing over het ‘voortbouwend karakter’ van het hoger beroep speelt het contradictoire element in het geding een belangrijke rol. Vandaar dat ruime aandacht is besteed aan de wijze (en aan het moment) waarop de procespartijen hun positie ten opzichte van de beslissing van de eerste rechter kenbaar kunnen maken. Als het gaat om de agenda van het geding in hoger beroep moet in dit verband aan nog een ander – connex – aspect aandacht worden besteed. Het gaat dan om de vraag welke in eerste aanleg gevoerde verweren in appel een rol blijven spelen. Het thans geldende wetboek geeft hieromtrent geen uitsluitel, maar de vraag is diverse malen – en in verschillende gedaanten – in de jurisprudentie aan de orde geweest. Daaruit komt het volgende beeld naar voren. De verdachte die ter zitting in hoger beroep aanwezig is en daar zijn in eerste aanleg opgeworpen verweren niet herhaalt, wordt geacht deze te hebben laten vallen.<sup>161</sup> Indien de verdachte correct – overeenkomstig art. 588 Sv – is gedagvaard maar in appel niettemin verstek laat gaan, wordt hij in beginsel geacht zijn eerder naar

161 Zo reeds HR 12 april 1949, *NJ* 1949, 454.



voren gebrachte verweren niet te handhaven.<sup>162</sup> Verschijnt de verdachte wel in hoger beroep, dan worden er vrij strenge eisen gesteld om buiten twijfel te stellen dat een bepaald verweer in appel nog steeds aan de orde is. Zo is het bijvoorbeeld onvoldoende als de raadsman van de verdachte – met verwijzing naar een pleitnota – in algemene zin verzoekt om de in eerste aanleg gevoerde verweren als integraal herhaald en uitgesproken te beschouwen.<sup>163</sup> Hetzelfde geldt als de raadsman volstaat met de mededeling dat hij blijft bij hetgeen is vermeld in de pleitnota aan de hand waarvan hij in eerste aanleg het woord heeft gevoerd.<sup>164</sup> Volgens Van Dorst is vereist dat het door de verdediging aangevoerde is op te vatten als ‘een stellige, duidelijke en zonder voorbehoud uitgesproken wens tot het verkrijgen van een rechterlijke beslissing omtrent enig punt’.<sup>165</sup> Verwijzingen naar hetgeen te berde is gebracht in eerste aanleg worden dus grosso modo op dezelfde – afwijzende – manier beoordeeld als referenties naar verweren die in andere, connexe strafzaken zijn gevoerd.<sup>166</sup> Daar is veel voor te zeggen. Niet gespecificeerde verwijzingen naar eerder of elders gevoerde verweren vragen veel van de rechter.<sup>167</sup> Knigge merkt hierover terecht op:

‘Met proceseconomie hebben vage verwijzingen naar andere vertogen dan ook weinig van doen. Voor een efficiënte behandeling van de zaak is juist nodig dat de verdediging haar stellingen preciseert. (...) Proceseconomie moet niet worden verward met gemakzucht.’

Tegen deze achtergrond dringt de conclusie zich op dat vooral ook in een doordacht concept van een ‘voortbouwend appel’ het passend en juist is dat in eerste aanleg gevoerde verweren niet zonder meer hun betekenis behouden in de beroepsfase. Het gaat er juist om dat de lijst van onderwerpen die in eerste aanleg aan de orde is geweest, in het daarop volgende stadium van de procedure niet automatisch wederom aan bod komt. In plaats daarvan dient het geding in hoger beroep te worden geconcentreerd rond die beperkte groep thema’s, ten aanzien waarvan de rechter in eerste aanleg naar het oordeel van de appellant tekort is geschoten. Dit vereist een index van bezwaren en verweren die expliciet aan de appelrechter wordt voorgelegd. Gelet op het

162 HR 26 juni 1990, *NJ* 1991, 202 m.nt. C.

163 HR 3 maart 1998, *NJ* 1999, 59.

164 HR 30 juni 1998, *NJ* 1999, 60 m.nt. Kn. Vergelijk ook HR 16 maart 1999, *NJ* 1999, 369.

165 Conclusie A-G Van Dorst bij het in de vorige noot genoemde arrest.

166 Zie HR 18 oktober 1994, *NJ* 1995, 101.

167 Aldus Knigge in de noot onder HR 30 juni 1998, *NJ* 1999, 60, ook voor het direct navolgende.

principiële belang van deze conclusie verdient het aanbeveling een afzonderlijke bepaling van die strekking in het wetboek van strafvordering op te nemen.

De aan het ‘voortbouwend appel’ ten grondslag liggende gedachte is de notie van rechtsbescherming op maat. Procesdeelnemers kunnen gebruik maken van een tweede feitelijke beoordeling van de zaak indien en voorzover zij daaraan in concreto behoefte hebben. Dat heeft tevens tot gevolg dat de – per definite schaarse – capaciteit van de appelrechtspraak optimaal wordt benut. Het geding in hoger beroep wordt derhalve sterk geconcentreerd rond gecontesteerde vraagpunten. Dat past in het contradictoire karakter van de procedure en het bevordert de kwaliteit van de rechtsstrijd. Deze benadering blijkt ook vruchtbaar te zijn teneinde impasses in de doctrine in een nieuw licht te plaatsen. Zo is eerder al naar voren gekomen dat de nadruk op de procespositie van partijen de angel kan verwijderen uit het enigszins geïnfecteerde debat omtrent de vraag of er een aparte procedure moet komen voor de bekende verdachte.<sup>168</sup> Op gelijke wijze kunnen vanuit deze invalshoek de scherpe kanten worden verwijderd van de dogmatisch zo omstreden vraag naar de toelaatbaarheid van het partieel appel, het strafmaatappel daaronder begrepen. Wij zien dit als winst. Anderzijds tekenen wij aan dat de hier ontwikkelde notie van een ‘voortbouwend appel’ op beslissende punten afwijkt van een echt ‘grievensstelsel’. Volgens onze uitgangspunten blijft het hoger beroep immers een zelfstandige tweede feitelijke procesgang, hetgeen onder andere tot uitdrukking komt in de eigen verantwoordelijkheid van de appelrechter voor een juiste beantwoording van alle vragen van art. 348 en 350 Sv.

#### 4.3.2 Voortvarende behandeling

Een ander probleem dat traditioneel de aandacht van de wetgever heeft getrokken betreft de in de appelfase te betrachten spoed. Zo ongeveer het oudste en meest bekende bezwaar tegen het rechtsmiddel van hoger beroep is de klacht dat het kan leiden tot te grote vertraging in de afdoening van strafzaken. Het huidige wetboek bevat in dat verband twee bescheiden waarborgen in de art. 409 en 412 Sv.<sup>169</sup> Om te beginnen merken wij op dat de bestaande

168 Zie het verslag van het eerste onderzoeksjaar: *Het onderzoek ter zitting. Eerste interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen, 1999.

169 Wij zien nu even af van het concentratiebeginsel van art. 406 Sv, waarmee ook een vlotte afdoening wordt beoogd, maar waarin toch het belang van voorkoming van fragmentering of desintegratie van het onderzoek voorop staat.

voorschriften minder dwingend zijn dan hun historische voorgangers. Art. 409 Sv schrijft voor dat de stukken ‘zo spoedig mogelijk’ worden doorgezonden, terwijl het wetboek van 1886 nog dwingend een termijn van maximaal drie dagen noemde. En de termijn voor het appointeren, die thans ‘zo mogelijk’ acht dagen belooft, was nog in het ORO zonder het genoemde voorbehoud gefixeerd op acht dagen.<sup>170</sup> De strekking van deze bepalingen is gelegen in het oogmerk om ‘aan de slagvaardigheid van de rechter te dezer zake een praescriptieve impuls te geven’.<sup>171</sup> Niettemin komt van deze aansporingen in de praktijk weinig terecht. Bij het doorzenden van stukken gaat van art. 409 Sv geen noemenswaardige prikkel uit; het tempo wordt eenvoudig gedictieerd door de krapte in de mogelijkheden om een vonnis compleet uit te werken.<sup>172</sup> Bij het appointeren speelt art. 412 Sv evenmin een rol van betekenis; in praktisch opzicht wordt bijvoorbeeld veel sterker gelet op het onderscheid tussen zaken met een preventief gedetineerde verdachte enerzijds en de zogenaamde vrije voeters anderzijds.

Bij nadere reflectie lijkt het er op dat we ter voorkoming van onnodige en onredelijke vertraging tussen de eerste aanleg en de behandeling in hoger beroep niet veel verder kunnen komen dan de maatstaf die ligt besloten in art. 6 EVRM en de daarop gebaseerde Straatsburgse en nationale jurisprudentie. Deze benadering biedt ruimte om rekening te houden met uiteenlopende omstandigheden en bijzonderheden van het geval, waarbij als vast aanknopingspunt geldt dat een verdachte niet onnodig lang in onzekerheid mag worden gehouden omtrent de strafrechtelijke afdoening van zijn zaak. In een nieuwe, systematische regeling van het hoger beroep zouden derhalve geen strikte termijnbepalingen moeten worden opgenomen naar het model van art. 409 resp. 412 Sv of de historische voorlopers daarvan.<sup>173</sup>

Opmerking verdient in dit verband nog dat in het voorjaar van 2002 een wetsontwerp wordt ingediend dat de raadsheer-commissaris in strafzaken

170 Zie art. 388 ORO in bijl.hand. II 1913-1914, kamerstuk 286.

171 R.C.P. Haentjens in Melai c.s., *Het Wetboek van Strafvordering*, aant. 2 op art. 412 (suppl. 36).

172 Wat dat betreft wordt in de huidige praktijk de te betrachten spoed vooral bevorderd door de termijn die wordt gesteld voor het uitwerken van een verkort vonnis. Zie art. 365a lid 3 Sv, waarin imperatief wordt bepaald: ‘Aanvulling geschiedt binnen vier maanden na het aanwenden van het rechtsmiddel, of indien de verdachte zich alsdan terzake van het ter terechtzitting onderzochte feit in voorlopige hechtenis bevindt, binnen drie maanden na het aanwenden van het rechtsmiddel.’

173 Anders: Th.W. van Veen in zijn noot onder Hof Arnhem 13 mei 1977, *NJ* 1979, 122, en Haentjens in Melai c.s., *a.w.*, aant. 3 op art. 412 (suppl. 36) met een beroep op ‘de klaarheid in onze nationale strafprocesrechtelijke codificatie’.

invoert.<sup>174</sup> Op verzoek van de vergadering van presidenten van de hoven is deze figuur als mogelijkheid geïntroduceerd om de doelmatigheid van onderzoek buiten de zitting in appel te vergroten (minder logistieke en communicatie problemen en een betere prioritering van dergelijk onderzoek). Wij voegen daaraan toe dat dit idee goed past bij de hier gepresenteerde visie op het voortbouwend appel en de devolutieve aspecten daarvan: in de voortgezette behandeling van de zaak werkt de appelrechter naar een eindbeslissing toe en daartoe kan dienstig zijn dat hij de zaak in alle facetten zelf kan behandelen. Daarom onderschrijven wij de grondgedachte van dit ontwerp.

#### 4.3.3 Het middenstelsel

In de voorafgaande onderdelen van deze paragraaf zijn al belangrijke aanzetten gegeven voor onze gedachtenvorming rond het zogeheten middenstelsel. Het concept van een ‘voortbouwend appel’ impliceert reeds begripsmatig dat de behandeling en de beslissing in hoger beroep zwaar leunen op de resultaten van de eerste aanleg. Wellicht nog sterker dan naar geldend recht het geval is, berust onze positionering van het hoger beroep niet op de idee dat een behandeling door het Hof intrinsiek beter is dan die bij de rechtbank: waar het om gaat is dat in hogere instantie uiteindelijk toch een hogere kwaliteit kan worden bereikt omdat men in kritische zin kan voortbouwen op het in eerste aanleg gevoerde onderzoek en de op basis daarvan genomen beslissingen.

Op twee bijzondere punten hebben wij al een keuze genoteerd omtrent de systematische uitwerking van de verhouding tussen de terechtzitting in eerste aanleg en die in appel. Ten eerste op het punt van de verweren die leiden tot een responsieplicht. Een verweer dat ter zitting in eerste aanleg wordt gevoerd, werkt niet automatisch door in de appelfase. Indien de eerste rechter daar een beslissing op heeft gegeven, is er in beginsel voldoende aandacht aan besteed. Als de verdediging daar niet tevreden mee is, moet deze klacht met de in het voorafgaande belichte scherpte opnieuw aan het oordeel van de appelrechter worden onderworpen. Het tweede onderwerp waarover wij reeds een standpunt hebben ingenomen, betreft de uitzonderingspositie van in eerste aanleg betwiste getuigen- en deskundigenverklaringen *omtrent het bewijs*. Wij hebben – in het voetspoor van andere schrijvers – aangegeven dat er geen enkele goede reden kan worden aangevoerd waarom er een

174 Bij het afronden van de tekst van dit hoofdstuk was het ontwerp nog niet ingediend, maar al wel diverse malen aangekondigd, laatstelijk in de begroting (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 000 VI, nr. 2, p. 37).

verschillend regiem zou moeten gelden voor deze beperkte groep verklaringen ten opzichte van alle andere onderwerpen waarover getuigen en deskundigen zich ter zitting kunnen uitlaten.

De vraag is nu hoe het middenstelsel – om deze ingeburgerde term gemakshalve maar even te behouden – op een systematische wijze verder kan worden uitgewerkt in het basismodel van een ‘voortbouwend appel’. De stelselmatige ruggegraat zou ook voor de toekomst moeten worden gevormd door de combinatie van de voorschriften van art. 415 (resp. art. 425) Sv enerzijds en art. 422 lid 1 Sv anderzijds, met uitzondering van het laatste zinsdeel van dit artikellid.<sup>175</sup> De beraadslaging en beslissing in hoger beroep vindt plaats op basis van het onderzoek ter zitting zowel in eerste als in tweede aanleg. De appelrechter is dus in beginsel bevoegd om terug te grijpen op alle gegevens die in de eerste instantie naar voren zijn gebracht. Zijn beslissing mag mede steunen op *a.* de eigen waarneming van de rechter, *b.* verklaringen van de verdachte, *c.* verklaringen van getuigen en deskundigen, *d.* schriftelijke bescheiden, en *e.* overige bronnen van informatie<sup>176</sup> die bij de voorafgaande rechterlijke behandeling naar voren zijn gekomen. Tegen deze achtergrond moeten nu twee concrete vragen worden beantwoord. Ten eerste: wanneer lijdt het genoemde beginsel uitzondering? Dus: wanneer moet de appelrechter zelf originair onderzoek ter zitting verrichten? En ten tweede: indien de beroepsrechter mag teruggrijpen op de gegevens die in eerste aanleg naar voren zijn gekomen, moeten die kenbronnen dan op één of andere wijze ter zitting in hoger beroep apart ter sprake zijn gebracht?

De eerste vraag vereist vanuit systematisch oogpunt de meest preciese beantwoording. In het denkschema van het geldende wetboek wordt deze kwestie beheerst door de onderscheiding van categorieën bewijsmiddelen volgens het patroon van art. 422 Sv. We hebben hierboven al vastgesteld dat op die onderscheidingen op zichzelf reeds veel is af te dingen. De meest problematische categorie onderzoeksresultaten wordt gevormd door de in eerste aanleg afgelegde en aldaar betwiste getuigen- en deskundigenverklaringen. Naar geldend recht mogen die door de appelrechter in het geheel niet worden gebruikt. Dat lijkt zelfs binnen het bestaande stelsel niet goed te mo-

175 Wij signaleren dat onze opvatting omtrent de betekenis van art. 422 Sv in hoofdlijnen overeenkomt met de inhoud van het concept-wetsvoorstel *Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de invoering van de raadsheer-commissaris en enige andere onderwerpen (raadsheer-commissaris)*, dat onlangs (zomer 2001) voor advies is aangeboden aan de NvR, het OM en de NOvA.

176 Deze laatste categorie wordt hier vermeld omdat in ons eerste projectjaar de conclusie is bereikt dat een vrij bewijsstelsel de voorkeur verdient. Zie *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 9, ‘Bewijsrecht en bewijsmotivering’ (J.B.H.M. Simmelink).

tiveren. Om te beginnen zou de proceshouding van de verdachte ook in die zin een rol moeten spelen, dat de bedoelde verklaringen weer wel zonder meer mogen worden gebruikt als de verdachte in appel alsnog akkoord gaat met die verklaringen danwel daarover zwijgt. Persisteert de verdachte bij de betwisting van de onderhavige verklaringen, dan zou – nog steeds: binnen de filosofie van het geldende stelsel – een andere oplossing meer voor de hand liggen. Indien de bestreden getuige- of deskundigenverklaring bijvoorbeeld het enige bewijsmiddel is waaruit verdachtes betrokkenheid bij het telastegelegde feit rechtstreeks kan volgen, dan zou bepaald kunnen worden dat de informant ter terechtzitting in hoger beroep behoort te worden gedagvaard of opgeroepen, opdat de appelrechter zich door eigen waarneming een oordeel zal kunnen vormen omtrent de betrouwbaarheid van diens verklaringen.<sup>177</sup> Is er daarentegen substantieel meer bewijs voorhanden, dan zou hernieuwde oproeping niet verplicht hoeven te zijn maar zou een beslissing daaromtrent onder de discretionaire macht van de appelrechter kunnen vallen. Gaat hij volgens deze gedachtengang niet over tot een hernieuwde ondervraging ter zitting, dan kan hij de in eerste aanleg afgelegde verklaring alleen gebruiken als hij in zijn arrest motiveert waarom de verklaring hem voldoende betrouwbaar voorkomt.<sup>178</sup>

Wij kiezen niettemin voor een andere benadering. Het laatste zinsdeel van art. 422 lid 1 Sv en de overige leden van dit art. berusten naar ons oordeel op een ontoereikend analytisch onderscheid tussen *zittingsvoorschriften* aan de ene kant en bepalingen omtrent *bewijsbestemming van onderzoeksresultaten* aan de andere kant. In het systeem dat ons voor ogen staat – en dat ten aanzien van de eerste aanleg in een eerder interimrapport is uitgewerkt –<sup>179</sup> dient de rechter in beginsel een grote vrijheid te hebben om (al dan niet na overleg met de deelnemers aan het proces) te bepalen welke getuigen en deskundigen ter zitting zullen worden gehoord. Dat uitgangspunt dient dan

177 Ten opzichte van het geldende recht zou dit een aanmerkelijke uitbreiding van de plicht tot – desnoods – ambtshalve dagvaarden resp. oproepen vormen. Volgens de vaste jurisprudentie op dit punt moet immers pas tot dagvaarden worden overgegaan als een in het vooronderzoek door de getuige afgelegde verklaring materieel het enige belastende bewijsmiddel is en – dus cumulatief – die persoon nadien door een rechter is gehoord en bij die gelegenheid zijn verklaring heeft ingetrokken of een ontlastende verklaring heeft afgelegd dan wel toen heeft geweigerd een verklaring af te leggen. Zie het ‘Checklist-arrest’ HR 1 februari 1994, *NJ* 1994, 427 m.nt. C, besproken in par. 1.3 hierboven.

178 Volgens geldend recht blijft in deze situaties de verklaring in eerste aanleg onbruikbaar, maar mag wel worden teruggevallen op de stukken van het vooronderzoek. Dit is bekritiseerd in par. 1.4 hierboven.

179 Zie het eerste interimrapport omtrent het onderzoek ter terechtzitting, en daarin vooral deelrapport 7, A den Hartog, *De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling*, p. 275 e.v.

ook in de fase van het hoger beroep te gelden. Hoe die vrijheid verder dient te worden ingevuld en genormeerd, komt hierna nog aan de orde bij het uitwerken van criteria die bijvoorbeeld onnodige duplicatie van zittingshandelingen moeten voorkomen. Maar die vraag naar een correcte inrichting van de zitting mag niet op enkele arbitraire onderdelen worden verward met geïragmenteerde bepalingen omtrent de bewijsbestemming in hoger beroep van enkele in eerdere fasen van het geding afgelegde verklaringen – zoals thans het geval is in het samenstel van voorschriften van art. 422 Sv. De slotsom is daarom dat er in de wet geen inhoudelijke aanwijzing moet komen van enkele inhoudelijke gevalstyperingen waarin de appelrechter verplicht is om tot oproeping van getuigen over te gaan. Het model van art. 422 Sv met de daaraan gekoppelde Checklist-jurisprudentie dient te worden vervangen door het uitgangspunt dat wij reeds voor de eerste aanleg hebben uitgewerkt, aangevuld met oproepingscriteria die hieronder nog aan de orde worden gesteld.

Resteert de vraag in hoeverre – en op welke wijze – kenbronnen die de appelrechter in zijn arrest wil gebruiken ook ter zitting in hoger beroep apart ter sprake moeten worden gebracht. Naar geldend recht wordt het uitgangspunt voor de beantwoording van deze vraag gevormd door de hoofdregel van art. 422 lid 1 en 2 Sv. Omdat de beroepsrechter mede beslist naar aanleiding van de zitting in eerste aanleg, is het niet nodig om de aldaar naar voren gebrachte onderzoeksresultaten tijdens de zitting in appel opnieuw apart aan de orde te stellen. Evenmin is daartoe vereist dat het proces-verbaal van de eerstgenoemde zitting in hoger beroep wordt voorgelezen.<sup>180</sup> Het huidige wetboek geeft twee bijzondere voorzieningen. Art. 417 Sv bepaalt dat processen-verbaal, verslagen van deskundigen en andere stukken, die in eerste aanleg zijn voorgelezen, ook voor de behandeling in hoger beroep als voorgelezen mogen worden aangemerkt. De strekking van dit voorschrift is dat de in deze documenten vervatte informatie dan geacht wordt ter zitting in hoger beroep te zijn geproduceerd, ook al zijn de stukken niet apart voorgelezen. Vanuit een praktische invalshoek is er evenwel geen enkel relevant verschil aan te wijzen tussen de weg van art. 422 Sv enerzijds en die van art. 417 Sv anderzijds.<sup>181</sup> De andere bijzondere bepaling is art. 418 Sv, inhoudende dat ten aanzien van getuigen en deskundigen die in eerste aanleg zijn gehoord, art. 322 lid 3 Sv<sup>182</sup> van overeenkomstige toepassing is. De onder-

180 HR 27 januari 1953, *NJ* 1953, 225 en Krabbe, *a.w.*, p. 151-152.

181 Zo ook Krabbe, *a.w.*, p. 150 en p. 158-159, met vermelding van HR 6 april 1948, *NJ* 1948, 489 en HR 6 april 1976, *NJ* 1976, 418.

182 De wetgever heeft hier overigens – zoals al eerder werd opgemerkt – een technische fout gemaakt. Bedoeld moet zijn: art. 322 lid 3 *en* lid 4 Sv; zie Knigge in de noot onder

→

zoeksresultaten die op grond van de bepalingen in art. 422 lid 1 tot en met 3 Sv bruikbaar zijn voor de beraadslaging en beslissing in hoger beroep, blijven naar hun aard gegevens die in eerste aanleg zijn geproduceerd. De verklaringen daarentegen die ingevolge art. 418 jo. 322 Sv beschikbaar zijn, worden geacht te zijn afgelegd in appel. En dat brengt met zich mee dat die verklaringen gedurende de terechtzitting in hoger beroep moeten worden voorgelezen. Deze voorwaarde wordt in art. 322 Sv uitdrukkelijk gesteld.<sup>183</sup>

In een consequente uitwerking van de basisidee van een ‘voortbouwend appel’ is geen ruimte voor het aparte regiem van de art. 417 en 418 Sv. De appelrechter kan in volle omvang gebruik maken van de resultaten van de terechtzitting in eerste aanleg. Er is geen dieper liggende rechtvaardiging waarom ten aanzien van schriftelijke stukken een ander juridisch statuut zou moeten gelden dan bijvoorbeeld voor de in eerste aanleg afgelegde verklaring van de verdachte. Dezelfde overweging is beslissend in relatie tot getuige- en deskundigenverklaringen. Indien de appelrechter ingevolge de eerder ontwikkelde uitgangspunten niet hoeft over te gaan tot het opnieuw horen van deze informanten, mag hij terugvallen op hun verklaringen zoals die in eerste aanleg zijn afgelegd. Het is dan redundant om een parallelle constructie te handhaven naar het model van het huidige art. 418 jo. 322 Sv. Deze slotsom klemmt temeer in het licht van de omstandigheid dat een verweer van de verdediging omtrent een kwestie die wordt bestreken door één van de in art. 417 resp. art. 418 Sv genoemde bronnen, in het door ons voorziene procesverloop er per definitie toe zal leiden dat de desbetreffende bewijsmiddelen tijdens de zitting in hoger beroep apart ter sprake zullen moeten worden gebracht. Ook tegen deze achtergrond bezien komt derhalve aan de genoemde wettelijke bepalingen geen inhoudelijke meerwaarde toe.

#### 4.3.4 Duplicatie van onderzoekshandelingen

In paragraaf 1.4 hebben wij de situatie geschetst waarin in eerste aanleg een groot aantal bewijsgetuigen en rechtmatigheidsgetuigen zijn gehoord. Daaraan koppelden wij de vraag hoe vervolgens in appel zou kunnen worden voorkomen dat alle onderzoeksinspanningen – zonder toereikende legitimatie daarvoor – opnieuw moeten worden verricht. Met andere woorden: hoe kan een zinloze reprise worden vermeden, met behoud van de mogelijkheden om een kritische toets uit te voeren op het werk van de rechter in eerste aanleg?

←

HR 1 februari 2000, *NJ* 2000, 348.

183 Zie ook Krabbe, *a.w.*, p. 145, 151, 152.



Voorzover geen van de partijen aandringt op een hernieuwde ondervraging is er geen probleem. De moeilijkheid die hier aan de orde is ontstaat als een partij – doorgaans zal dit de verdediging zijn – aandringt op een nieuwe confrontatie met alle getuigen die in enig opzicht belastend, of niet ontlastend, hebben verklaard. Het gaat ons hierbij uiteraard om het vinden van een maatstaf aan de hand waarvan dergelijke verzoeken kunnen worden beoordeeld. Het ligt voor de hand om een vertrekpunt te zoeken in bestaande wettelijke bepalingen en de jurisprudentie daaromtrent. De verdachte heeft in eerste aanleg het recht om getuigen en deskundigen ter terechtzitting te doen oproepen (art. 260 lid 3, art. 263 en 264 Sv).<sup>184</sup> Het desbetreffende verzoek mag alleen worden geweigerd bij onvindbaarheid van de getuige<sup>185</sup>, indien zijn gezondheidstoestand door het afleggen van een verklaring ernstig in gevaar wordt gebracht, of als de weigering de getuige op te roepen de verdachte redelijkerwijs niet in zijn verdediging schaadt. De laatstgenoemde maatstaf is voor ons onderwerp het belangrijkste. Het criterium luistert zeer nauw: weigering is alleen toegelaten wanneer evident is dat de getuige geen nuttige bijdrage kan leveren.<sup>186</sup> Dat is volgens de Hoge Raad het geval indien de punten van ondervraging die de verdediging heeft opgegeven in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in de zaak te nemen beslissing, of van dien aard zijn dat redelijkerwijs moet worden uitgesloten dat de getuige iets over die punten zou kunnen verklaren.<sup>187</sup> Naar geldend recht zijn deze bepalingen – en dus ook de daarin besloten liggende maatstaven – ook van (overeenkomstige) toepassing in hoger beroep (art. 415 Sv). Indien ter terechtzitting in eerste aanleg blijkt dat sommige opgeroepen getuigen niet verschenen zijn, moeten zij in beginsel opnieuw worden opgeroepen. Dat is slechts anders indien onaannemelijk is dat de getuige alsnog zal verschijnen of als het zojuist genoemde gezondheids criterium danwel het overbodigheids criterium van toepassing is (art. 287 en 288 Sv).<sup>188</sup> Ook deze richtlijnen moeten in appel mutatis mutandis worden toegepast (art. 415 Sv). Indien de verdediging niet tijdig heeft verzocht om bepaalde getuigen te doen oproepen en zij ook niet ter zitting zijn meegebracht, geldt een strengere maatstaf om deze informanten alsnog in het geding te betrekken. Dan is de vraag of

184 Zie ook artt. 287 en 288 Sv, waarover aanstonds meer.

185 Als we hier spreken over de getuige, wordt bondigheidshalve de deskundige daaronder begrepen.

186 Aldus G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafprocesrecht*, 3e druk, Deventer, Gouda Quint 1999, p. 553, ook voor het direct navolgende.

187 Aldus HR 1 december 1992, *NJ* 1993, 631 m.nt. C en HR 24 november 1998, *NJ* 1999, 157.

188 Voor niet-opgeroepen, maar ter zitting mee gebrachte getuigen zijn uit de aard der zaak alleen de twee laatstgenoemde criteria van belang.

het de rechter *noodzakelijk* voorkomt om deze stap te zetten (art. 315 Sv jo. art. 328 Sv).

Het laatstgenoemde criterium biedt naar ons oordeel een goed aanknopingspunt voor de vraag op welke wijze zinloze herhaling van onderzoekspanningen in hoger beroep kan worden beperkt resp. voorkomen. Ligt het bij het ‘overbodigheidscriterium’ primair op de weg van de rechter om aan te geven dat een oproeping onvoldoende relevante informatie zou kunnen opleveren, bij het ‘noodzakelijkheidscriterium’ mag in eerste instantie van de verdediging worden gevergd dat er indicaties worden verschaft omtrent de toegevoegde waarde van een herhaald horen van personen die in eerste aanleg reeds ter terechtzitting zijn ondervraagd. De appelrechter kan hier een grotere speelruimte worden toegekend, die wordt ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval.<sup>189</sup> De vraag in hoeverre het wederom horen van getuigen die in eerste aanleg reeds verklaringen hebben afgelegd noodzakelijk is, is bij uitstek een kwestie die zich leent voor een kritische discussie gedurende de regie-zitting. Bij de toetsing aan het ‘noodzaakcriterium’ kan bijvoorbeeld een rol spelen of bij die eerdere gelegenheid verschillende getuigen zich in soortgelijke zin hebben uitgelaten (contra-indicatie voor opnieuw horen) of dat een cruciaal onderdeel van het vonnis materieel berust op de verklaring van één enkele getuige (positieve indicatie). Op deze plaats kunnen wij ook een verbinding leggen met de in het vorige onderdeel van deze paragraaf besproken vraagstukken rond de Checklist-jurisprudentie in verbinding met de thans geldende maatstaven van art. 422 Sv. Indien bijvoorbeeld een in eerste aanleg bestreden getuigenverklaring in feite het enige belastende bewijsmiddel is waaruit de betrokkenheid van de verdachte bij het telastegelegde feit rechtstreeks kan voortvloeien, dan ligt het welhaast dwingend voor de hand dat de appelrechter met toepassing van het ‘noodzaakcriterium’ besluit tot het oproepen van die getuige teneinde zich door eigen waarneming een oordeel te vormen omtrent de betrouwbaarheid van diens verklaringen. Wij menen dat een dergelijke toepassing van de maatstaf van de noodzakelijkheid van een hernieuwd getuigenverhoor maximaal recht doet aan het belang van waarheidsvinding in hoger beroep enerzijds met vermijding van onnodige herhaling van zetten anderzijds.

189 Vergelijk Corstens, *a.w.*, p. 556 en HR 19 maart 1985, *NJ* 1985, 702 m.nt. ThWvV; en HR 3 juni 1986, *NJ* 1987, 214.

#### 4.3.5 Verstek

De tot dusverre ontwikkelde uitgangspunten omtrent een regeling van het hoger beroep laten veel ruimte om rekening te houden met de proceshouding van de partijen. Hun opstelling – en de aard van de daaruit blijkende verschillen van inzicht – bepaalt in belangrijke mate het concrete verloop van het geding in tweede aanleg. Vanuit deze invalshoek moet apart aandacht worden besteed aan de mogelijkheid van verstek in hoger beroep. Het niet-verschijnen in appel kan immers berusten op een bewuste keuze.<sup>190</sup> De vraag is welke rechtsgevolgen aan een dergelijke houding dienen te worden verbonden.

In de voorafgaande beschouwingen is het verstek reeds tweemaal aan de orde gekomen. Ten eerste in het verband van de vraag naar de wijze waarop de partijen hun positie ten opzichte van het vonnis van de eerstoordeelende rechter kenbaar kunnen maken. Wat dat betreft is gebleken dat naar geldend recht een verdachte die correct in appel is gedagvaard en vervolgens verstek laat gaan, geacht wordt zijn in eerste aanleg gevoerde verweren niet te handhaven.<sup>191</sup> Daarnaast is het verstek ter sprake gekomen in het kader van het thans bestaande middenstelsel. Volgens art. 422 lid 3 Sv wordt er een indirecte premie gesteld op aanwezigheid, of anders gezegd: wordt er een bewijsrechtelijke sanctie verbonden aan afwezigheid, waarvan eerder is betoogd dat die niet systematisch is verankerd in het stelsel van het huidige wetboek.<sup>192</sup>

Hoe kan de rechtsfiguur van verstek op een systematische wijze worden geplaatst in de normatieve uitgangspunten die volgens de hiervóór ontwikkelde gedachtengang enerzijds het hoger beroep moeten beheersen en anderzijds de verhouding tussen de eerste en de tweede aanleg bepalen? Daarbij roepen wij om te beginnen in herinnering dat het Straatsburgse Hof niet onder alle omstandigheden een berechting bij verstek in hoger beroep van de hand wijst.<sup>193</sup> In de zaak *De Groot tegen Nederland*<sup>194</sup> bijvoorbeeld werd een dergelijke handelwijze gebillijkt, gelet op de omstandigheid dat *a.* de autoriteiten hadden getracht de appeldagvaarding uit te reiken op een door de verdachte opgegeven adres, en pas toen dit niet was gelukt werd teruggeval- len op een uitreiking aan de griffier; *b.* de verdachte in persoon op de hoogte

190 Verstek kan daarnaast ook een gevolg zijn van onbekendheid met de terechtzitting. Beide situaties mogen niet op voorhand op één lijn worden gesteld.

191 HR 26 juni 1990, *NJ* 1991, 202 m.nt. C.

192 Zie par. 1.4 hierboven.

193 Zie par. 2 hierboven.

194 EHRM 23 februari 1999, *NJ* 1999, 641.

was gesteld dat appel was ingesteld, zodat hij wist dat hij een appeldagvaarding kon verwachten; *en c.* de verdachte in eerste aanleg op tegenspraak was berecht en in appel zijn raadsman de verdediging had gevoerd (art. 279 jo. 415 Sv).

Kan berechting bij verstek in appel dus onder omstandigheden door de verdragsrechtelijke beugel, van principiële belang is de vraag of een dergelijke rechtsfiguur ook past in onze systematische uitgangspunten.

Wat dat betreft moet worden opgemerkt dat de door ons ontwikkelde ideeën omtrent de berechting in *eerste aanleg* sterk in het teken staan van de bevordering van de aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting. De persoonlijke verschijning van de verdachte ter zitting wordt in dit project gezien als een belangrijke impuls voor de kwaliteit van de berechting. Vooral in het zogenoemde eerste spoor – waar de zwaarste strafzaken aan de orde zijn – zou een behandeling in bijzijn van de verdachte regel moeten zijn en dient verstek tot een zeer kleine categorie uitzonderingsgevallen beperkt te blijven. Er is nog net geen verschijningsplicht in strikte zin voorzien, maar er zijn allerlei maatregelen voorgesteld om de fysieke aanwezigheid van de verdachte te waarborgen.<sup>195</sup> Vanuit dit perspectief zijn voorstellen gedaan om de betekenisregeling ingrijpend te veranderen<sup>196</sup> en de voorlopige hechtenis in uiteenlopende opzichten anders te regelen.<sup>197</sup>

Ook de tot dusverre uitgewerkte inzichten omtrent de vormgeving van het *hoger beroep* komen in aanmerkelijke mate het beste tot hun recht indien de verdachte in persoon aanwezig is tijdens de appelzitting. De voorstellen rond de zwaartepunten van de behandeling in appel gaan uit van een interactie tussen de partijen en de rechter. Interactie veronderstelt de mogelijkheid van reageren op elkaars stellingen en argumenten. Tijdens de zitting is dit uit de aard der zaak alleen mogelijk indien de verdachte zelf aanwezig is. Als de dialoog in het proces in tweede aanleg méér wil zijn dan een rituele herhaling van standpunten die eerder naar voren zijn gebracht, moet de mogelijkheid worden ingebouwd dat er adequaat wordt omgegaan met een veranderd

195 Het belang hiervan is dermate groot, dat de wetgever allerlei voorzieningen mag treffen om ongerechtvaardigde afwezigheid te ontmoedigen; zie ook EHRM 23 november 1993, NJ 1994, 393 m.nt. Kn (Poitrimol).

196 *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen, 1999, deelrapport 2, *Berechting in aanwezigheid en betekening van de dagvaarding* (H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg), p. 91-127.

197 Voorarrest moet mogelijk zijn teneinde de dagvaarding in persoon te kunnen uitreiken, om de bereikbaarheid van de verdachte te verzekeren en om zijn fysieke verschijning ter zitting te stimuleren. Zie ook *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer, Gouda Quint 2001, deelrapport 6, *Voorarrest* (J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink), p. 589-670.

inzicht van één van de partijen. Vandaar dat wij uitdrukkelijk een voorziening hebben getroffen voor het geval dat een in eerste aanleg betwiste verklaring in appel niet langer omstreden is: als bijvoorbeeld de verdachte in appel alsnog bekend – of berust in een in eerste aanleg afgelegde belastende verklaring – moet de appelrechter, anders dan naar geldend recht het geval is, die verklaring zonder veel omhaal als bewijsmiddel kunnen gebruiken. De betekenis van de voorgestelde regiezitting moet in hetzelfde licht worden beoordeeld. De zin van deze processuele voorfase is gelegen in het in kaart brengen van datgene wat de partijen materieel verdeeld houdt en welk nader feitenonderzoek nodig is om daaromtrent een verantwoorde beslissing te kunnen nemen. Ook die preliminaire taxatie wordt kwalitatief begunstigd door de persoonlijke aanwezigheid van de appellerende partij die zijn bezwaren komt toelichten.

Alle genoemde overwegingen gaan in de richting van het toekennen van een doorslaggevend gewicht aan het belang van de fysieke verschijning van de verdachte in de appelfase. Wanneer er in eerste aanleg al systematisch prikkels in het stelsel worden ingebouwd om de aanwezigheid van de verdachte te garanderen, dan zijn er op zichzelf argumenten beschikbaar om daar in hoger beroep nog zwaarder aan te tillen. Technisch zou dit vorm gegeven kunnen worden door de aanwezigheid van de verdachte aan te merken als een ontvankelijkheidsvoorwaarde voor het door hem ingestelde hoger beroep.<sup>198</sup> Daarbij zou dan bijvoorbeeld een uitzondering moeten worden gemaakt voor situaties waarin de absentie niet aan de verdachte is toe te rekenen, bijvoorbeeld in gevallen waarin hij niet behoorlijk op de hoogte is gesteld van het tijdstip van de zitting.<sup>199</sup>

Niet ontvankelijkheid van het appel bij verstek van de verdachte is dus op zichzelf in beginsel in te passen in de door ons ontwikkelde uitgangspunten. Een andere oplossing is evenwel systematisch nog sterker te verdedigen. Daarvoor zijn tenminste vier zelfstandige argumenten aan te voeren.

Ten eerste leidt een koppeling van aanwezigheid van de verdachte aan ontvankelijkheid tot onoverkomelijke problemen in verband met een OM-appel. Het is moeilijk voorstelbaar dat hoger beroep wel buiten de fysieke verschijning van de verdachte zou mogen worden behandeld als het OM het rechtsmiddel heeft aangewend, maar niet als het initiatief tot de tweede instantie door de verdediging is genomen.

Ten tweede kan worden betwijfeld of het wel overtuigend is om zoveel belang toe te kennen aan één gefixeerd toetsmoment voor de aanwezigheid

198 Naar analogie van de vervallenverklaring van het verzet ex art. 402 lid 1 Sv.

199 Vergelijk ook art. 402 lid 2 Sv.

en de inbreng van de verdachte. Onze voorstellen en overwegingen zijn er op gericht om materieel een impuls te geven aan het debat in hoger beroep. De inbreng van de partijen zou de dialoog zo scherp mogelijk moeten concentreren op de werkelijk omstreden punten, zodat juist omtrent die onderdelen een deugdelijk onderzoek en een gemotiveerde beslissing kan volgen. Als nu de verdediging ingevolge art. 410 Sv helder aangeeft waar de schoen wringt, en/of vervolgens bij een regiezitting nauwgezet uitlegt op welke punten – en waarom – nader onderzoek wenselijk is, dan valt niet direct in te zien waarom een niet-ontvankelijkheid zou moeten volgen als de verdachte niet in persoon verschijnt bij het begin van de zitting in appel. Het arbitraire karakter van dit unieke toetsmoment blijkt voorts als we enkele complicaties in ogenschouw nemen die in de praktijk gemakkelijk kunnen voorvallen. Stel dat de verdachte verschijnt op de dagvaarding in hoger beroep. Daarmee is het een behandeling op tegenspraak, zodat het appel ontvankelijk is. De zaak wordt vervolgens aangehouden. De verdachte verschijnt niet bij de nieuwe zitting, terwijl hij in persoon is opgeroepen. Het hof begint een nieuwe behandeling wegens gewijzigde samenstelling.<sup>200</sup> Niet valt in te zien waarom deze verdachte anders – gunstiger – bejegend zou moeten worden dan degene die al vóór de schorsing niet was verschenen.

Het derde argument heeft betrekking op de aard van het bezwaar dat verbonden wordt geacht aan de afwezigheid van de verdachte. Wordt in geval van verstek de verdachte impliciet vooral een gebrek aan interesse verweten, waardoor hij zijn recht op een nieuwe beoordeling verspeelt, of is het belangrijker dat de afwezige verdachte de appelrechter onvoldoende aanknopingspunten aanreikt om diens onderzoek ter zitting in te richten? In beide gevallen zou de positie van de verdachte die niet verschijnt toch niet wezenlijk anders mogen worden beoordeeld dan die van een verdachte die wel komt, maar vervolgens ter zitting er volledig het zwijgen toe doet. Het valt moeilijk in te zien waarom de eerste niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard, terwijl de tweede aanspraak houdt op een – summiere – behandeling van zijn zaak.<sup>201</sup>

Als vierde argument kan worden gewezen op de positie van de raadsman. In veel appelzaken zal het gaan om strikt feitelijke kwesties als de waardering van het bewijs of om de hoogte van de op te leggen sancties. Maar het is ook goed mogelijk dat het geding in hoger beroep betrekking

200 Voorbeeld ontleend aan de conclusie van A-G Machielse bij HR 15 april 1997, *NJ* 1997, 615, eerder besproken in par. 1.4 hierboven.

201 In het verlengde hiervan kan nog als probleem worden vermeld dat het in appel vaak niet gemakkelijk zal zijn om uit te maken of een verdachte al dan niet buiten zijn schuld verstek laat gaan.

heeft op typisch juridische vragen. Voor de hand liggende voorbeelden zijn de uitleg van in de telastelegging voorkomende delictsbestanddelen, de rechtmatigheid van de bewijsgaring, of de verbindendheid van de overtreden strafbepaling. In dergelijke situaties is het goed te begrijpen dat de verdachte de verdediging wil overlaten aan zijn raadsman. Niet zelden zal dat adequaat kunnen gebeuren door het indienen van op schrift gestelde bezwaren tegen het vonnis in eerste aanleg. Als dat het geval is, lijkt het zijn doel voorbij te schieten om een ter zitting afwezige verdachte om die reden aanstonds niet-ontvankelijk te verklaren in het aangewende rechtsmiddel.<sup>202</sup>

Onze conclusie is dat het geen aanbeveling verdient om de aanwezigheid van de verdachte aan te merken als een ontvankelijkheidsvereiste voor een door hem ingesteld hoger beroep. Gelet op de aard en inhoud van de voor dit standpunt aangevoerde argumenten ligt het voor de hand om kort stil te staan bij de vraag of dan wellicht zou moeten worden overwogen om het indienen van een schriftuur als een voorwaarde voor ontvankelijkheid te stellen. Ook die vraag dient naar ons oordeel uiteindelijk ontkennend te worden beantwoord. Ten eerste omdat de ervaringen in het bestuursrecht op dit punt duidelijk hebben gemaakt dat zo'n vereiste weinig inhoudelijke kwaliteitswinst oplevert.<sup>203</sup> En ten tweede omdat uit de vorenstaande opsomming van overwegingen blijkt dat er goede redenen kunnen zijn waarom de verdediging gedurende het verloop van het geding in appel nog ruimte moet hebben om nieuwe bezwaren naar voren te brengen.

Dit alles neemt niet weg dat het onmiskenbaar in veel situaties van groot belang blijft dat de verdachte wel degelijk persoonlijk verschijnt tijdens de zitting in hoger beroep. Dit brengt met zich mee dat bijvoorbeeld vanuit het gezichtspunt van het betekenen van de appeldagvaarding zoveel mogelijk waarborgen moeten worden geboden dat dit document de verdachte ook daadwerkelijk bereikt. Wij verwijzen hiervoor naar de desbetreffende beschouwing in ons eerste interimrapport.<sup>204</sup> In het bijzonder brengen wij in dit verband in herinnering de door ons bepleite verplichte domiciliekeuze. Het is evident dat van een verdachte die hoger beroep aanwendt mag worden verwacht dat hij bij die gelegenheid zijn domiciliekeuze hernieuwt zodat de

202 In deze gedachtengang laten we dus in het midden of het thans bestaande voorschrift van art. 279 jo 415 Sv moet worden gehandhaafd (verdediging door uitdrukkelijk gevolmachtigde advocaat geldt als behandeling op tegenspraak).

203 Zie par. 1.4 en par. 3 hierboven en vooral ook H.K. Elzinga, *In beroep* (diss. KUB Tilburg), Deventer 1998, p. 336-338.

204 Zie deelrapport 2, 'Berechting in aanwezigheid en betekening van de dagvaarding' (H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg).

justitiële instanties gedurende de nieuwe fase in het proces weten waar ze hem kunnen bereiken.<sup>205</sup>

#### 4.3.6 De beslissing in hoger beroep.

De voorafgaande delen van het onderhavige deelrapport zijn volgens het vaste stramien opgebouwd dat we in het gehele onderzoeksproject volgen. Het geldende recht wordt uiteengezet in een inleidende paragraaf, waarna een evaluatie volgt die – met tussenliggende beschouwingen van verdragsrechtelijke en rechtsvergelijkende aard – leiden tot een verantwoording van keuzen en uitgangspunten voor een nieuwe regeling. Voor sommige onderwerpen is het evenwel raadzaam om van deze vaste behandelwijze af te wijken. Het doorslaggevende argument daarvoor is dat in een aantal situaties de weergave van het geldende recht, de analyse en de evaluatie daarvan alsmede de daarop aansluitende voorstellen erg dicht tegen elkaar aanliggen, nu het karakter van het rechtsmiddel hoger beroep in het voorafgaande zo duidelijk is geprofileerd.. Dat is onder meer het geval ten aanzien van de verschillende beslissingen die kunnen worden genomen aan het slot van de procedure in hoger beroep. Het geldt evenzeer in relatie tot het thema van de alleensprekende rechter in appel. Aan deze onderwerpen zijn de navolgende deelparagrafen gewijd.

##### 4.3.6.1 *Bevestigen of vernietigen*

###### (a) Geldend recht

Het hoger beroep wordt ingesteld tegen een einduitspraak van de strafrechter in eerste aanleg. De appelrechter zal als ‘controlerende instantie’ in ieder geval een uitspraak moeten doen over deze bestreden beslissing, ook al omdat er in dezelfde strafzaak uiteraard niet meerdere einduitspraken naast elkaar mogen bestaan. Bovendien brengt de voortbouwende behandeling van de zaak in hoger beroep met zich mee, dat de appelrechter, naast zijn ‘eigen’ beslissingen over bijvoorbeeld de ontvankelijkheid van het appel, beslissin-

205 Vergelijk hieromtrent HR 25 september 2001, *NJ* 2002, 83, waarin wordt overwogen dat ‘van degene die prijs stelt op berechting in zijn aanwezigheid redelijkerwijs mag worden verwacht dat hij de in het maatschappelijk verkeer gebruikelijke maatregelen neemt om te voorkomen dat een oproeping hem niet bereikt of de inhoud daarvan niet te zijner kennis komt. In hoger beroep geldt dat zowel indien de verdachte zelf in hoger beroep is gekomen (...), als wanneer, (...) het eerder in de zaak gewezen arrest van het Hof door de Hoge Raad is vernietigd met verwijzing van de zaak naar een ander Hof. Tot een zodanige maatregel kan worden gerekend dat de verdachte zich voor zijn raadsman (...) bereikbaar houdt (...).’



gen moet nemen over alle vragen die voor de rechter in eerste aanleg in de art. 348 en 350 Sv zijn geformuleerd. Deze uitgangspunten zijn neergelegd in de art. 415, 422a en 423 en 423a Sv.<sup>206</sup> De daarin neergelegde regels bieden tevens de ruimte voor een efficiënte vormgeving van de beslissingen van de appelrechter. Zo mag de appelrechter, wanneer bij de controle geen onregelmatigheden zijn ontdekt en wanneer hij met alle beslissingen van de rechter in eerste aanleg instemt, het bestreden vonnis bevestigen. En anders mag hij bruikbare, niet aan nietigheid lijdende onderdelen van het bestreden vonnis bij de vormgeving van zijn eigen beslissing gebruiken.

In theorie kan de appelrechter door de bevoegdheid om te bevestigen of te vernietigen uitdrukking geven aan zijn controlerende taak op de naleving van procedureregels en op juiste beslissingen in de eerste aanleg. Door gericht en gemotiveerd te bevestigen of te vernietigen zou de appelrechter de rechtspraak in eerste aanleg kunnen sturen. In de praktijk functioneert dit mechanisme echter niet erg goed. In de eerste plaats is het sterk de vraag of de hoeveelheid strafzaken en de tijd, die tussen eerste en tweede aanleg verstrijkt, een dergelijke sturing feitelijk nog wel mogelijk maken. Daarnaast komt het vaak voor dat appelrechters met het oog op een eventuele cassatie-procedure zonder meer 'veiligheidshalve' vernietigen. Tenslotte heeft de Hoge Raad de scherpe kanten van het bevestigen of vernietigen afgeslepen. Niet alleen behoeft de beslissing tot vernietigen of bevestigen niet te worden gemotiveerd,<sup>207</sup> ook wordt geaccepteerd dat een nietig vonnis wordt bevestigd, wanneer de appelrechter de fout herstelt die eigenlijk tot vernietiging had moeten leiden.<sup>208</sup>

#### (b) Wenselijk recht

Wanneer als uitgangspunt wordt genomen dat de procespartijen in belangrijke mate bepalen waarop de procedure in appel wordt geconcentreerd, dan rijst de vraag of dat niet sterker in de regeling over de beslissing in appel moet worden neergelegd. In de lijn van wat in dit onderzoeksproject voor de

206 Zie hierover ook Blok en Besier II, p. 377-380.

207 Zie bijv. HR 5 november 1946, *NJ* 1947, 133.

208 Zie bijv. HR 31 mei 1988, *NJ* 1989, 210: de rechtbank overtrad een bewijsminimum, het hof 'herstelde' dit impliciet door meer bewijs in het arrest te verwerken en bevestigde, met welke handelwijze de Hoge Raad akkoord ging. Zo kan overigens meer ruimte ontstaan voor een bevestigingsbeleid, nu het veiligheidshalve vernietigen minder noodzakelijk wordt. Vgl. hierover ook A.J.A. van Dorst, 'Een mogelijk recept tegen de kwaal der trage strafrechtspleging', in: J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondbnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer 2000, p. 48.

eerste aanleg is voorgesteld<sup>209</sup> – en gezien het zwaartepunt in de voorafgaande beschouwingen omtrent het concept van een ‘voortbouwend appel’ – ligt het in de rede dat in de appelbeslissing en de motivering daarvan vooral aandacht wordt gegeven aan wat er in de procedure is besproken en opgeworpen. Dat zou betekenen dat in het bijzonder op omstreden punten gemotiveerd behoeft te worden beslist door de appelrechter. Het karakter van voortbouwend appel zou dan ook beter dan thans het geval is, in de wettelijke regeling tot uitdrukking moeten komen. Wanneer de appelrechter ambtshalve afwijkt van de uitspraak in eerste aanleg, zou dit natuurlijk eveneens in de beslissing moeten blijken en moeten worden verantwoord.

In onze voorstellen wordt de ambtshalve verantwoordelijkheid van de appelrechter voor een juiste beslissing eveneens benadrukt. Dat impliceert in onze ogen dat de appelrechter in ieder geval een beslissing moet nemen op de vragen van art. 348 en 350 Sv en op enkele extra vragen in verband met het hoger beroep (zoals over de ontvankelijkheid van het appel en de geldigheid van de appeldagvaarding). De vraag in hoeverre die beslissingen moeten worden uitgewerkt en gemotiveerd wordt echter in sterke mate bepaald door de omstreden punten in appel (en door de wensen op dit punt van de cassatierechter). De vergelijking dringt zich op met de manier waarop naar geldend recht de vragen van art. 348 Sv mogen worden behandeld. De vraag op welke manier dit uitgangspunt precies in een wettelijke regeling moet worden vertaald, is in dit project niet direct aan de orde.

Dan komt tevens de vraag op of het schema bevestigen/vernietigen nog voldoende bestaansrecht heeft, waarbij opmerking verdient dat deze regeling in het huidige recht niet erg goed functioneert en meer een ritueel karakter lijkt te hebben. Overweging verdient naar onze mening om dit onderscheid los te laten: de appelbeslissing komt steeds in de plaats van de beslissing in de eerste aanleg, en in hoeverre de appelrechter zich uitlaat over de eerste aanleg is sterk afhankelijk van wat er in de betreffende zaak is gebeurd. Wanneer de appelrechter daar aanleiding toe ziet, dan kan hij in de motivering van zijn beslissing ‘sturing’ aan de eerste aanleg geven. Het instrument vernietigen of bevestigen is daarvoor niet nodig.

De eisen die aan de beslissing en de motivering van de appelrechter worden gesteld, houden overigens sterk verband met de positie van de cassatierechter: hoever strekt diens toetsing zich in het licht van de diverse voorstellen van dit onderzoeksproject nog uit? Dat thema komt in het vierde onderzoeksjaar meer ten gronde aan de orde.

209 Daarover vooral het Algemeen Deel van het eerste interimrapport.

#### 4.3.6.2 *Zelf afdoen of verwijzen naar de rechter in eerste aanleg?*

##### (a) Geldend recht

In de Wetboeken van Strafvordering van 1830 en 1838 waren de beslissingsmogelijkheden voor de appelrechter eenvoudig geregeld. Het in eerste aanleg gewezen vonnis werd bevestigd of, indien het bestreden vonnis ‘te niet gedaan’ werd, ‘zal het Hof de zaak zelve afdoen’.<sup>210</sup> Deze regeling werd niet nader verklaard, maar vloeit bij wijze van spreken voort uit de aard van het rechtsmiddel appel: de zaak wordt in potentie in zijn geheel voor een volledige beoordeling aan een hogere rechterlijke instantie voorgelegd, die ook zelf een beslissing over de zaak moet nemen. In 1886 werd dit systeem enigszins veranderd. Niet alleen werd de mogelijkheid van gedeeltelijke vernietiging ingevoerd, maar daarnaast werd ook de mogelijkheid van verwijzing naar de rechter in eerste aanleg geïntroduceerd, hoewel als hoofdregel bleef gelden dat de appelrechter de zaak zelf moest afdoen. Bij deze nieuwe regeling, aldus de Memorie van Toelichting,

‘is in het oog gehouden, eendeels het belang, dat de hoofdzaak in twee instantiën worde onderzocht, anderdeels de wenschelijkheid dat menigvuldige verwijzing worde vermeden. Vandaar dat het artikel als regel stelt afdoening der zaak door het gerechtshof zelf, maar bij het tweede lid daarop uitzondering maakt voor het geval, dat de hoofdzaak nog niet door de rechtbank is beslist. Men denke hier aan gevallen als van onbevoegd-verklaring of van schorsing op grond van een praejudicieel geschil’.<sup>211</sup>

In 1926 kreeg de regeling vervolgens de huidige vorm, zoals die in art. 423 leden 1 en 2 Sv is te vinden. Daarbij werd ten behoeve van een kostenbesparende en voortvarende afdoening als nieuwe regel nog ingevoerd dat de appelrechter de zaak toch zelf mag afdoen, wanneer het Openbaar Ministerie en de verdachte dat wensen.<sup>212</sup> Enerzijds erkende de wetgever derhalve in

210 Art. 248 Sv; voor bevoegdheidskwesties waren enkele aparte voorzieningen getroffen, zoals in art. 249 en 256 Sv.

211 Memorie van Toelichting, *Bijl. Hand. II* 1883-1884, 114, nr. 3, p. 42, 43; verwijzing kon plaatsvinden naar dezelfde of naar een aangrenzende rechtbank.

212 Bovendien werd de mogelijkheid van verwijzing naar een andere rechtbank geschrapt: ‘Daaraan zal geene behoefte meer bestaan, nu uitdrukkelijk is bepaald, dat na verwijzing wordt recht gedaan met inachtneming van ‘s Hofs arrest; het geldt hier een gewijsde, dat als zoodanig moet worden geëerbiedigd, ook al zou de lagere rechtbank ‘s Hofs beslissing onjuist achten’ (Memorie van Toelichting, *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 152).

zekere zin een beginsel van berechting van de hoofdzaak<sup>213</sup> in twee instanties, anderzijds werd bij de uitwerking van dat beginsel de efficiëntie sterk in het oog gehouden, nu als hoofdregel bleef gelden dat de appelrechter de zaak moest afdoen,<sup>214</sup> hoe erg de onvolkomenheden in eerste aanleg ook waren geweest.

Die doelmatigheid – en voor de verdachte de mogelijkheid om zijn zaak voortvarend te laten afdoen – ligt ook ten grondslag aan het in 1992 ingevoerde art. 422a Sv (dat wetssystematisch gezien wellicht beter in art. 423 had kunnen worden verwerkt): bij een dagvaarding (of oproeping of aanzegging) die nietig is vanwege een andere reden dan dat de tenlastelegging niet voldoet, kan de appelrechter de zaak toch afdoen met instemming van de verdachte en het OM.<sup>215</sup> De uitspraak dat de inleidende dagvaarding nietig is, blijft dan met andere woorden achterwege. De regeling sloot aan bij een in de praktijk ervaren specifieke behoefte, en daarom was niet nader onderzocht of de regeling zich eveneens zou moeten uitstrekken tot andere eindspraken ex art. 349 Sv die ten onrechte niet in eerste aanleg zouden zijn gegeven.<sup>216</sup> De praktijk lijkt hier thans overigens geen ander beeld van te geven. Maar op zichzelf lijkt er weinig bezwaar tegen om de regeling in deze zin uit te breiden. Wanneer de appelrechter wel bevoegd is en het OM ten tijde van de vervolging in appel wel ontvankelijk in de vervolging is, dan is het doelmatig en passend om de zaak in hoger beroep af te doen wanneer dat conform de wens van de procespartijen is. Anderzijds heeft de beperking tot een externe nietigheid van de inleidende dagvaarding aan waarde verloren doordat sinds 1996 tot aan het requisitoir in appel wijziging van de tenlastelegging mogelijk is.<sup>217</sup> Die beperking zou derhalve eveneens kunnen worden heroverwogen. Dat zou ertoe leiden dat de reparatoire functie van het appel wordt versterkt – in dit geval voorzover de procespartijen dat wensen, hetgeen aansluit bij de grondgedachten achter het concept van een ‘voortbouwend appel’ zoals dat hiervoor is uiteengezet. Dat kan een doelmatige en

213 Met de hoofdzaak werd blijkbaar op de beslissing over de vragen van art. 350 Sv bedoeld, hetgeen de Hoge Raad ook al snel benadrukte.

214 Bij dit zelf afdoen doet de appelrechter, wat de rechter in eerste aanleg had behoren te doen. Dit moet soms ruim worden opgevat, omdat de eigen bevoegdheden van de appelrechter hier van belang kunnen zijn. Zo werd in HR 8 november 1955, *NJ* 1956, 11 m.nt. BVAR beslist, dat het Hof bij hoger beroep gericht tegen het vonnis van een politierechter zelf wel meer dan zes maanden gevangenisstraf mag opleggen. De Hoge Raad verwees hierbij ook naar art. 312 en 415 Sv.

215 Wet van 27 november 1991, *Stb.* 663, in werking getreden per 1 mei 1992.

216 *Kamerstukken II* 1988-89, 21 241, nr. 3, p. 20, 21 (Memorie van Toelichting).

217 Wet van 14 september 1995, *Stb.* 441, in werking getreden per 2 november 1996 (Wet vormverzuimen).

voortvarende afdoening op een verantwoorde manier bevorderen. Art. 422a Sv heeft in de gepubliceerde rechtspraak tot op heden overigens niet tot problemen of fundamentele vragen geleid.

Voorals de op zichzelf duidelijke wettelijk regeling van art. 423 lid 2 Sv is in de rechtspraak wel veelvuldig aan de orde geweest, in het bijzonder in de laatste decennia. De kernvraag daarbij is in het bijzonder wanneer de eerste aanleg als zo onvolkomen moet worden aangemerkt dat ten behoeve van het beginsel van een berechting in twee feitelijke instanties verwijzing naar de rechter in eerste aanleg geïndiceerd is.

In 1928 benadrukte de Hoge Raad nog het uitzonderlijke karakter van de regeling, toen overwogen werd

‘dat toch de vraag of terugwijzing moest plaatsvinden, uitsluitend is te toetsen aan hetgeen is bepaald in het tweede lid van voormeld art. 423; dat die bepaling ten deze geen toepassing kan vinden omdat de kantonrechter de hoofdzaak had beslist; dat die beslissing weliswaar steunde op een niet rechtsgeldig onderzoek, doch die omstandigheid wel van gewicht is voor de vraag, of de appelrechter aan dat onderzoek bewijs mag ontleenen, doch niet medebrengt, dat daarom de hoofdzaak geacht zou moeten worden niet – in den zin van gemelde bepaling – te zijn beslist.’<sup>218</sup>

In latere rechtspraak zijn de grenzen van art. 423 lid 2 Sv desalniettemin op een belangrijke manier verlegd. Het eerste arrest terzake stamt uit 1978 en betrof een Duitser die voor de kantonrechter terzake van een snelheidsovertreding werd vervolgd. Hij werd bij verstek veroordeeld en in appel bleek dat hij de in het Nederlands gestelde dagvaarding niet had begrepen. Mede op grond van art. 6 lid 3 sub a EVRM schorste de rechtbank de vervolging en wees de zaak terug naar de kantonrechter ter afdoening zodra de oorzaak van de schorsing zou zijn vervallen. De Hoge Raad meende vervolgens dat de rechtbank onder deze omstandigheden art. 423 lid 1 Sv terecht buiten beschouwing had gelaten en verwierp het cassatieberoep.<sup>219</sup> In een ander arrest had de verdachte een nadere oproeping gekregen voor een zitting van de politierechter. Deze zitting vond echter een week eerder plaats, ‘kennelijk als gevolg van een administratieve vergissing’. De politierechter wees toen di-

218 HR 9 januari 1928, *NJ* 1928, p. 290; de niet-rechtsgeldigheid van het onderzoek van de Kantonrechter bestond er in dit geval uit dat hij een week te laat uitspraak had gedaan. Zie ook HR 16 juni 1959, *NJ* 1960, 88 m.nt. BVAR.

219 HR 10 oktober 1978, *NJ* 1979, 144; A-G Rummeling had in soortgelijke zin geconcludeerd. Deze beslissing werd herhaald in een vergelijkbare zaak (HR 1 december 1981, *NJ* 1982, 155).

rect vonnis. De appelrechter vernietigde dit verstekvonnis, met toepassing van art. 423 lid 1 Sv.

‘Ten onrechte’, volgens de Hoge Raad, ‘immers, nu de politierechter over de hoofdzaak heeft beslist, terwijl hij aan de beraadslaging en beslissing als omschreven in art. 350 Sv niet had mogen toekomen omdat de verdachte, gelijk door het hof is vastgesteld, niet is opgeroepen om te verschijnen ter terechtzitting van de politierechter, brengt het in het tweede lid van art. 423 besloten beginsel, dat een verdachte in aan hoger beroep onderworpen zaken recht heeft op berechting in twee feitelijke instanties mee, dat de appelrechter handelt, zoals voorgeschreven in laatstgenoemde bepaling’.<sup>220</sup>

In dit arrest werd dus de grondslag voor een extensieve toepassing en uitleg van art. 423 lid 2 Sv gevonden in het beginsel dat een (op zichzelf appellaabele) zaak in twee enigszins volwaardige instanties moet kunnen worden berecht. Als nadere uitwerking van het idee van een enigszins volwaardige instantie werd in dit laatste arrest overwogen dat daarvan geen sprake is wanneer de rechter in eerste aanleg *ten onrechte aan de beraadslaging en beslissing over de materiële vragen van art. 350 Sv is toegekomen*.

Dit criterium is echter in latere rechtspraak veranderd en aangescherpt. In 1995 werd beslissend geacht of ‘de rechter in eerste aanleg *terecht de behandeling van de zaak is aangevangen*; voor een verdere uitbreiding van deze regel (...) valt evenwel onvoldoende rechtvaardiging te vinden’.<sup>221</sup> Maar al in 1996 werd voor weer een ander criterium gekozen.<sup>222</sup> Omdat deze rechtspraak tot op heden geldt, worden de kernoverwegingen door ons geciteerd:

220 HR 6 december 1983, *NJ* 1984, 390 m.nt. ThWvV. A-G Rammelink had de handelwijze van de appelrechter wel goedgekeurd, omdat ‘de Nederlandse strafvordering niet zodanig is ingericht, dat aan verdachten het recht wordt gegarandeerd, dat zij zich steeds in twee instanties kunnen verdedigen’. Verwant met deze beslissing is Hof Leeuwarden 10 februari 1983, *NJ* 1983, 720 m.nt. ThWvV; hier ging het ook om een onjuiste betekening van een nadere oproeping in eerste aanleg (verkeerd adres), die had geleid tot een verstekvonnis; het hof paste hier art. 423 lid 2 Sv toe, onder verwijzing naar art. 14 lid 5 IVBPR en de ‘mogelijkheid van een rechtsgang in twee feitelijke instanties’.

221 HR 3 januari 1995, *NJ* 1995, 517 m.nt. AHJS. Swart is in zijn noot kritisch over deze beperking: ‘Het is moeilijk in te zien waarom de zaak van een verdachte wiens raadsman geen verdediging heeft kunnen voeren omdat hij daarvan werd uitgesloten anders behandeld zou moeten worden dan die van een verdachte wiens raadsman niet tot verdedigen kwam omdat hij geen afschrift van de dagvaarding ontving. Als in het eerste geval geen terugwijzing hoeft plaats te vinden, waarom dan nog wel in het tweede?’

222 HR 7 mei 1996, *NJ* 1996, 557 m.nt. ‘tH.

‘Voor enkele gevallen (...) brengt het in art. 423, tweede lid, Sv besloten liggende beginsel dat een verdachte in aan hoger beroep onderworpen zaken aanspraak heeft op berechting in twee feitelijke instanties mee dat, na vernietiging van het vonnis in eerste aanleg, de zaak wordt teruggewezen naar de eerste rechter, tenzij door de procureur-generaal en de verdachte de beslissing van de hoofdzaak door het hof is verlangd. Van een geval als hiervoor bedoeld is sprake indien zich een zodanig gebrek heeft voorgedaan in de samenstelling van het gerecht, dat de behandeling van de zaak niet heeft plaatsgevonden door een onpartijdige rechterlijke instantie als bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM, alsmede wanneer de rechter ter terechtzitting aan de behandeling ten gronde niet had mogen toekomen omdat een van de overige personen die een kernrol vervullen bij het onderzoek ter terechtzitting aldaar niet is verschenen, terwijl hij niet op de bij de wet voorgeschreven wijze op de hoogte is gebracht van de dag van de terechtzitting en zich evenmin een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat die dag hem tevoren bekend was. Tot zodanige personen dienen, naast de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie, slechts de verdachte en diens raadsman te worden gerekend.’

Deze overwegingen zijn nadien regelmatig herhaald.

In latere rechtspraak zijn vervolgens de grenzen van dit samenstel van regels nader verkend. Over de onpartijdigheid werd beslist dat schending van art. 268 Sv (over de rechter-commissaris die enig onderzoek in de zaak heeft verricht en vervolgens ten onrechte als rechter deelneemt aan het onderzoek ter terechtzitting) daarmee moet worden gelijkgesteld.<sup>223</sup> En hetzelfde geldt voor het geval waarin de rechter in strijd met de wettelijke regeling zelf het verzoek tot diens wraking had behandeld en daarop afwijzend had beslist.<sup>224</sup>

Over de personen die een kernrol ter zitting vervullen werd uitdrukkelijk uitgemaakt dat een niet goed functionerende tolk in eerste aanleg niet tot terugwijzing behoort te leiden.<sup>225</sup> Hetzelfde zal ongetwijfeld gelden voor de benadeelde partij.<sup>226</sup> Een andere regeling zou ten aanzien van de (eventueel voorlopig gehechte) verdachte ook tot moeilijk te aanvaarden uitkomsten

223 HR 23 september 1997, *NJ* 1998, 188 m.nt. Kn (R-C had een bevel bewaring gegeven na verdachte te hebben gehoord en een gvo geopend), HR 13 januari 1998, *NJ* 1998, 390 (R-C had na een inhoudelijke toetsing namens een ambtgenoot een aantal telefoon-tap-beschikkingen getekend) en HR 11 januari 2000, *NJ* 2000, 196 (R-C had de invorderingstelling op rechtmatigheid getoetst na verdachte te hebben gehoord).

224 HR 29 april 1997, *NJ* 1998, 189 m.nt. Kn.

225 HR 16 juni 1998, *NJ* 1999, 46.

226 In dat verband is wel beslist dat het onderzoek ter zitting moet worden geschorst wanneer de zittingsdatum niet correct aan de benadeelde partij is meegedeeld – HR 14 oktober 1997, *NJ* 1998, 156.

kunnen leiden.<sup>227</sup> Ook praktisch gezien is belangrijk dat een in eerste aanleg ten onrechte afgewezen verzoek tot aanhouding niet tot terugwijzing behoort te leiden wanneer de om aanhouding vragende verdachte of raadsman op de hoogte was van de zittingsdatum.<sup>228</sup>

Maar overigens zijn ook voor de kernrolspelers de grenzen enigszins opgerekt door gevallen gelijk te stellen met de criteria uit het arrest van 1996. Wanneer ‘de verdachte de op de inleidende dagvaarding gestelde mededeling omtrent zijn bevoegdheid om een raadsman te verzoeken wegens onbekendheid met de Nederlandse taal niet heeft begrepen en diens gevolg in eerste aanleg van rechtsbijstand verstoken is geweest’, dan moet dat worden gelijkgesteld met het verzuim een raadsman op de bij de wet voorgeschreven wijze op de hoogte te brengen van de dag ter terechtzitting.<sup>229</sup> En ten aanzien van de verdachte geldt hetzelfde wanneer

‘de verdachte in verband met de behandeling van de zaak ter terechtzitting in eerste aanleg tijdig in het gerechtshuis aanwezig was en van zijn aanwezigheid mededeling heeft gedaan aan de dienstdoende bode en laatstgenoemde vervolgens heeft nagelaten de verdachte op te roepen om in de zaal van de terechtzitting te verschijnen’.<sup>230</sup>

Dit bijzondere geval wijst weer op het dilemma dat zich vaak bij dit vraagstuk voordoet (hoe om te gaan met een eerste aanleg die echt onder de maat is) en de op zichzelf begrijpelijke wens om in bijzondere gevallen onvoldoende rechtvaardigheid te zien in de abstracte regel dat het appel mede dient om fouten uit de eerste aanleg te herstellen.

Een belangrijke grens aan de toepassing van art. 423 lid 2 Sv heeft de Hoge Raad getrokken voor een wijziging van een tenlastelegging in appel, hetgeen mogelijk is sinds in 1996 de Wet vormverzuimen van kracht werd. Zo’n wijziging behoort volgens de Hoge Raad niet tot een terugwijzing te leiden. In de wetsgeschiedenis was een daartoe strekkend amendement ook

227 Anders hierover W.H. Vellinga, ‘De benadeelde partij in het strafproces vanuit civielrechtelijk perspectief’, *Verkeersrecht* 2001, p. 103, die meent dat men aan de benadeelde partij moeilijk een kernrol kan ontzeggen nu de wetgever hem als partij in het in het strafproces geïncorporeerde civiele geding heeft toegelaten.

228 Bijv. HR 27 mei 1997, *NJ* 1997, 566 en HR 26 januari 1999, *NJ* 1999, 295. Zie ook HR 17 maart 1998, *NJ* 1998, 516 (te korte dagvaardingstermijn).

229 HR 2 februari 1999, *NJ* 1999, 296.

230 HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 423 m.nt. ’tH.



verworpen.<sup>231</sup> Hierbij speelt vermoedelijk een belangrijke rol dat zo'n wijziging van de tenlastelegging slechts mogelijk is binnen de grenzen van art. 68 Sr. Hetzelfde feit wordt met andere woorden in zulke situaties wel in twee feitelijke instanties beoordeeld, ook al gebeurt dat niet op basis van precies dezelfde tenlastelegging.

(b) Schets toekomstig recht

Art. 423 lid 2 Sv en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie zijn niet zo gemakkelijk te beoordelen. Op zichzelf past het meest bij het karakter van het hoger beroep, dat de appelrechter de zaak zelf afdoet; de zaak is aan hem overgedragen en na een voortbouwend onderzoek en na eventuele verbetering van fouten dient hij een beslissing te geven. Dat is doelmatig en draagt bij aan een voortvarende afdoening. Het is de hoofdregel van art. 423 lid 1 Sv die in wezen op verzoek van de procespartijen nog enigszins wordt uitgebreid in art. 422a Sv. Tegen een terugwijzing naar de eerste aanleg pleit dat het hoger beroep mede dient om fouten in eerste aanleg te herstellen. Het lijkt dan te veel van het goede om bij bepaalde fouten de eerste aanleg over te doen. Dit is ook de hoofdlijn die in het civiele en het bestuursprocesrecht is gekozen. Het hoger beroep veronderstelt immers bepaald niet, dat er bij de behandeling en beslissing in eerste aanleg geen al te ernstige fouten zijn gemaakt. Daarbij komt dat het in het algemeen bijzonder moeilijk lijkt om een niet-willekeurig antwoord te geven op de vraag, hoe erg de onvolkomenheden in eerste aanleg moeten zijn geweest om een nieuwe eerste instantie toe te laten.

Vanuit Straatsburgs perspectief lijkt het appel in veel gevallen als reparatie voor gebreken uit de eerste aanleg te kunnen fungeren.<sup>232</sup> Dat hangt samen met de Straatsburgse werkwijze om de strafrechtelijke procedure 'as a whole' op naleving van verdragsrechten te beoordelen – waarbij het uiteindelijk bovendien om een minimumniveau gaat. Het redelijke termijn-vereiste ondersteunt daarnaast dat ook in appel de voortvarendheid van berechting wordt bewaakt; dat grondrecht (dat overigens een bredere grondslag heeft dan de bescherming van de verdachte) pleit op zichzelf evenmin voor terugwijzing naar de eerste aanleg. Maar de Straatsburgse rechtspraak vraagt soms om meer, om terugwijzing.

231 HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 174 m.nt. JdH. Anders hierover G. Knigge, 'De strafvordering in het geding', *HNJV* 1994-I, p. 114, en T.M. Schalken, 'Wijziging van de tenlastelegging in hoger beroep en het belang van een goede procesorde', *AAe* 2001, p. 151, 152 (die vooral meent dat zo onvoldoende recht wordt gedaan aan de psychologische functie van de tenlastelegging).

232 Zie nader par. 2.

De in lid 2 van art. 423 Sv geformuleerde uitzondering heeft betrekking op zaken waarin de rechter in eerste aanleg ten onrechte in de formele vragen van art. 348 Sv is blijven steken. Dit zal doorgaans zijn gebeurd na een summier onderzoek, waarbij de vragen van art. 350 Sv nagenoeg onbehandeld zullen blijven. Door art. 423 lid 2 Sv wordt nu bewerkstelligd dat de doorgaans belangrijkste vragen in een strafzaak toch door twee rechterlijke instanties worden beoordeeld.<sup>233</sup> Het onderzoek en de beraadslaging in eerste aanleg worden in deze gevallen blijkbaar als zo onvolledig gezien, dat de eerste aanleg niet als een volwaardige instantie mag worden betiteld. Bij de op het eerste gezicht wel aansprekende koppeling aan de materiële vragen van art. 350 Sv (omdat daarbij verreweg de belangrijkste beslissingen worden genomen) valt de kanttekening te maken dat tegenwoordig de einduitspraak niet-ontvankelijkheid van het OM in de vervolging duidelijke gelijkenis kan vertonen met de materiële einduitspraken, zowel naar inhoud als naar grondigheid van het onderzoek ter zitting bezien. Dat geeft aan dat de onderscheiding naar huidig recht niet dwingend is.

De Hoge Raad heeft hiernaast in bijzondere gevallen geoordeeld dat de behandeling in eerste aanleg dermate gebrekkig was geweest, dat deze over moest. In sommige van de hierboven behandelde zaken dringt zich de gelijkenis op met gebreken bij het dagvaarden, die als procesrechtelijke consequentie hebben dat de appelrechter de nietigheid van de inleidende dagvaarding uitspreekt. Met die einduitspraak doet de appelrechter de zaak wel zelf conform art. 423 lid 1 Sv af, maar het gevolg van die beslissing is dat de zaak alsnog in twee instanties kan worden onderzocht.

Ons lijkt tenslotte de beslissing over het niet terugwijzen na een wijziging van de tenlastelegging in appel aan te sluiten bij het gegeven dat regelmatig niet over alle aspecten van een strafzaak in twee feitelijke instanties wordt geoordeeld, zoals bij subsidiaire tenlasteleggingen, een eerste aanleg bij verstek of pas in appel ingebrachte nieuwe gegevens, zoals een nieuwe getuige of deskundige. Een vergaand voorbeeld biedt hier ook nog de mogelijkheid om na de eerste aanleg nieuwe feiten ad informandum te voegen.<sup>234</sup> Een berechting in twee feitelijke instanties betekent met andere woorden (zeker) niet dat alle aspecten van de strafzaak zowel in eerste als in tweede aanleg worden behandeld en beoordeeld. Wel is goed denkbaar dat de appel-

233 Tenzij de verdachte en de advocaat-generaal een beslissing door de appelrechter wensen, hetgeen weer bij uitstek past bij de in het voorafgaande uiteengezette uitgangspunten.

234 HR 13 maart 1979, *NJ* 1979, 269 m.nt. ThWvV, HR 5 januari 1988, DD 88.174 en HR 3 januari 1989, *NJ* 1989, 670. Zie voor aarzelingen bij deze rechtspraak A.A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken* (diss. KUB Tilburg), Arnhem 1993, p. 49-51.

rechter terughoudend met toewijzing van vorderingen tot wijziging van de telastelegging omgaat.<sup>235</sup> Aandachtspunten daarbij zouden kunnen zijn de ingrijpendheid en de tijdigheid (is plausibel dat het niet eerder kon?) van de vordering tot wijziging en daarmee samenhangend de vragen of het uitgangspunt van berechting in twee feitelijke instanties en de gedachte dat de verdachte in appel niet voor nodeloos ingrijpende verrassingen moet worden geplaatst, niet tot afwijzing van de vordering moeten leiden.

Er is door diverse auteurs een zekere nuancering bepleit ten aanzien van de ruime erkenning van problemen rond de rechterlijke onpartijdigheid als grond voor terugwijzing. Daarbij wordt erop gewezen dat in de Straatsburgse rechtspraak herstel van de ‘partijdige’ behandeling in eerste aanleg onder omstandigheden door een correcte behandeling in appel kan worden gerepareerd en gecompenseerd. Knigge constateert in dit verband dan ook dat de extensieve interpretatie van art. 423 lid 2 Sv niet op art. 6 EVRM is gebaseerd, maar op een beginsel van nationaal procesrecht over de mogelijkheid van berechting in twee feitelijke instanties.<sup>236</sup> Hij vraagt zich vervolgens af of er geen onderscheid in schendingen van de onpartijdigheidseis zou kunnen worden gemaakt. Wanneer de verdragsschending (enkel) zou bestaan uit het niet-naleven van een abstracte waarborgnorm (zoals art. 268 Sv) zou terugwijzing achterwege kunnen blijven.<sup>237</sup> Hetzelfde wordt in wezen door Fokkens bepleit: wanneer het (slechts) gaat om een schijn van partijdigheid die is gewekt, kan de appelrechter door een onpartijdige berechting deze fout herstellen. Bij daadwerkelijke partijdigheid zou terugwijzing geïndiceerd zijn. Hij noemt daarbij als voorbeeld berechting door een rechter ‘die blijk heeft gegeven van duidelijke vooringenomenheid terwijl de verdachte, omdat hij in die instantie niet werd bijgestaan door een raadsman, de betreffende rechter niet heeft gewraakt’.<sup>238</sup>

Dit voorbeeld wijst ons inziens wel op een probleem van dergelijke voorstellen: hoe is een hanteerbare en overtuigend te motiveren nuancering aan te brengen tussen een schijn van partijdigheid en gebleken partijdigheid? Ontstaat daarbij niet ook een moeilijk te waarderen grijze zone? Dat vraagstuk is overigens de kern van de problematiek die hier aan de orde is, omdat het steeds gaat om de vraag wanneer gebreken uit de eerste aanleg moeten leiden tot het oordeel dat de eerste instantie zo onvolwaardig is geweest dat

235 Zie hieromtrent ook de noot van Knigge bij HR 18 april 2000, *NJ* 2001, 352.

236 Noot onder HR 29 april 1997, *NJ* 1998, 189.

237 Noot onder HR 23 september 1997, *NJ* 1998, 188.

238 J.W. Fokkens, ‘De onpartijdige en onafhankelijke strafrechter in (het begin van) het nieuwe millennium’, in: J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde normen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer 2000, p. 156, 157.

reparatie in appel niet mogelijk is zonder dat het beginsel om een strafzaak in twee feitelijke instanties te kunnen laten beoordelen tekortkomt. Daarom zien wij meer in het helderheid biedende voorstel uit het eerste onderzoeksjaar om terugwijzing in het geval van schending van onpartijdigheidsregels in beginsel uit te sluiten en hier voor de corrigerende en compenserende werking van het appel te kiezen.<sup>239</sup> Dat zou slechts anders kunnen liggen wanneer flagrante partijdigheid in eerste aanleg daadwerkelijk is vastgesteld.

Een technisch aspect van doorgaans minder gewicht verdient nog enige aandacht, ook omdat het een bescheiden argument oplevert voor het afdoen van de zaak in appel na fouten in de eerste aanleg. Art. 423 lid 2 Sv levert in de eerste plaats een enkele maal technische problemen op met samengestelde tenlasteleggingen.<sup>240</sup> Illustratief is in dit verband het geval dat leidde tot HR 11 mei 1982, NJ 1982, 592 m.nt. 'tH. Verdachte werd hier op basis van een cumulatieve tenlastelegging vervolgd, waarbij de eerste twee tenlastegelegde feiten betrekking hadden op respectievelijk art. 307 Sr en art. 30 lid 1 sub a WWV (thans art. 7 WWV). Deze twee feiten betroffen hetzelfde 'historische gebeuren' en wel in die mate, dat er bij bewezenverklaring van beide feiten sprake zou zijn van eendaadse samenloop. In eerste aanleg oordeelde de rechtbank dat de dagvaarding terzake van art. 307 Sr nietig was. Voor de overige feiten werd de verdachte veroordeeld. In appel meende het Hof dat de nietigheid van de dagvaarding ten onrechte was uitgesproken en deed vervolgens de hele zaak zelf af. Ten onrechte, meende de Hoge Raad, omdat voor de einduitspraak ter zake van art. 307 Sr art. 423 lid 2 Sv van toepassing was. Gezien de grote verwantschap met de tenlastelegging ter zake van art. 30 lid 1 sub a WWV werd beslist dat in dit geval de bijzondere regeling van art. 423 lid 2 Sv ook gold voor dit onderdeel van het vonnis. Deze rechtspraak roept geen bijzondere vragen op in het verband van dit onderzoeksproject, maar levert nog wel een aanvullend argument (van bescheiden gewicht) op om de appelrechter de zaak te laten afdoen omdat dan dergelijke problemen rond het uittrekken van samengestelde tenlasteleggingen worden vermeden. Dat spoort bovendien met de beslissing dat de hoofdzaak in eerste aanleg is berecht wanneer bij een subsidiaire tenlastelegging een ver-

239 E.F. Stamhuis, 'De onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter ter zitting', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting, eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen/Tilburg 1999, p. 168-177; door de nadere regels die hij voorstelt is het bovendien mogelijk – zoals hij ook aangeeft – ten aanzien van sommige regels te vereisen dat schending ervan tijdig wordt ingeroepen – waardoor een verweer terzake in appel tardief kan zijn.

240 Zie uitgebreid H.G.M. Krabbe, *Verzet en hoger beroep in strafzaken*, Alphen aan den Rijn 1983, p. 182-184.

oordeling voor het subsidiaire gedeelte is uitgesproken (terwijl de dagvaarding ter zake van het primair tenlastegelegde is nietig verklaard).<sup>241</sup>

Denkbaar is dat aan de appelrechter een betrekkelijk open bevoegdheid wordt geboden om de zaak wegens een echt ondermaatse berechting in eerste aanleg terug te wijzen naar de rechter in eerste instantie om zo het uitgangspunt van een berechting in twee min of meer volwaardige instanties te bewaken. Het bestuursprocesrecht biedt een voorbeeld van zo'n regeling. Dat zou in het bijzonder voor het eerste spoor kunnen gelden omdat daar ook de mogelijkheid van een berechting in twee feitelijke instanties het meeste gewicht heeft. De rechtspraak van de Hoge Raad laat zien dat het thema moeilijk in een bevredigende concrete omschrijving is te vatten. Bij een open bevoegdheid kan recht worden gedaan aan de bijzonderheden van het geval en aan de procesopstelling terzake van OM en verdachte. Schalken heeft als criterium voorgesteld of de behandeling van de zaak objectief beschouwd als volwaardig kan worden aangemerkt<sup>242</sup> (hetgeen in zijn ogen niet het geval zou zijn wanneer de verdachte in de eerste aanleg geen gelegenheid heeft gekregen een zodanig fundamenteel verweer te voeren dat het van belang is dat twee feitelijke instanties daarover kunnen beslissen).<sup>243</sup> Deze maatstaf raakt de kern van de problematiek en komt inhoudelijk gezien dicht bij het kernrol-criterium, waarbij het beginsel van een contradictoire behandeling inderdaad in ernstige mate is geschonden. De moeilijke vraag blijft wel of daarmee nu elke essentiële onvolwaardigheid is gedekt – de rechtspraak blijkt hier de grenzen telkens net weer wat verder te verleggen – en tot welke afweging dit leidt als het reparatoire karakter van het appel en de doelmatigheid erbij worden betrokken. Op zichzelf zou terugwijzing dan zo beperkt mogelijk moeten worden toegepast.<sup>244</sup> Al met al lijkt ons de rechtspraak een tamelijk adequate invulling te hebben gegeven aan de reparatie gedachte en aan de uitzonderingen daarop. De wettelijke regeling zou daaraan kunnen worden aangepast.

In dit verband verdient ook de processuele opstelling van het OM en de verdachte aandacht. Geen terugwijzing vindt thans plaats – zo bepaalt de wet in

241 HR 19 mei 1992, *NJ* 1992, 655 m.nt. ThWvV.

242 Vgl. ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer 1999, p. 717.

243 Noot onder HR 4 april 1995, *NJ* 1995, 652 (in dit geval had de verdachte ten onrechte geen inzage in de stukken gehad voor de aanvang van de zitting in eerste aanleg).

244 Anders A.J.A. van Dorst, 'Een mogelijk recept tegen de kwaal der trage strafrechtspleging', in: J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer 2000, p. 47, 48, die teneinde de eerste aanleg (weer) centraal te stellen juist een stelsel met een beperkte rol voor de appelrechter bepleit waarin deze de zaak bij ernstige fouten terugwijst.

art. 422a en 423 lid 2 Sv en zo geeft ook de Hoge Raad in zijn uitbreidende jurisprudentie als restrictie aan – wanneer zowel het OM als de verdachte afdoening van de zaak in appel verlangen. De Hoge Raad vereist – op zichzelf aansprekend – dat dat verlangen expliciet blijkt. Uit het vorderen van straf door het OM en het (uiterst subsidiair) voeren van een strafmaatverweer in appel kan dat verlangen onvoldoende ondubbelzinnig worden afgeleid.<sup>245</sup> Aangenomen moet dan ook worden dat bij verstek van zo'n verlangen op zichzelf geen sprake is, daarvan moet meer positief zijn gebleken. In het licht van de uitgangspunten die in de voorafgaande paragrafen zijn toegelicht – en die aansluiten bij onze voorstellen uit het eerste projectjaar – kan nu de vraag worden opgeworpen of in plaats van het afzien van terugwijzing niet een expliciet verlangen naar of verzoek tot terugwijzing op de voorgrond moet worden geplaatst. Dat zou meer recht doen aan de positie van de procespartijen en dan zou – met reden – afdoening in appel vooropstaan.

#### 4.3.7 Beperkingen in de beslissingsvrijheid van de appelrechter; eenparigheidsregels

##### (a) Geldend recht

Art. 424 Sv bevat een drietal besluitvormingsregels die neerkomen op beperkingen van de beslissingsvrijheid van de appelrechter voorzover deze als meervoudige kamer oordeelt.

De eerste beperking wordt gevormd door de vereiste eenparigheid van stemmen, indien in appel wordt 'bewezen verklaard datgene waarvan de verdachte in eerste aanleg is vrijgesproken'. Dit voorschrift is in 1926 in het Wetboek opgenomen en werd toen gezien als een noodzakelijke 'bijzondere waarborg', omdat sinds een wetswijziging in 1910 het hof niet meer met zes, maar 'slechts' met drie raadsheren oordeelde.<sup>246</sup> De bepaling is vooral van belang in gevallen waarin het OM appelleert.

De vermoedelijke gedachtengang achter de bepaling van art. 424 lid 1 Sv is dat op deze manier ten laste van een verdachte in appel slechts een bewezenverklaring kan volgen, indien minstens de helft van het totale aantal rechters dat zich over de zaak heeft gebogen een bewezenverklaring heeft

<sup>245</sup> HR 16 juni 1992, *NJ* 1992, 821.

<sup>246</sup> Wet van 5 juli 1910, *Stb.* 180; de motivering in de Memorie van Toelichting is te vinden in *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 149, 152.

gesteund.<sup>247</sup> Interessant is dat de Minister van Justitie zich in 1910 nog fel tegen een dergelijk voorschrift had gekeerd, niet alleen omdat hij dergelijke rekenarij niet passend vond, maar vooral omdat 'het de behandeling in hooger beroep tot op zekere hoogte afhankelijk maakt van het onderzoek in eersten aanleg en dientengevolge te kort doet aan de zelfstandigheid, die het geding in appel behoort te kenmerken'.<sup>248</sup> Dit argument lijkt nog steeds doorslaggevend: bij een voortbouwend appel zoals dat ons voor ogen staat, past niet goed dat de appelrechter in zekere zin wordt gebonden door de beslissing van de rechter in eerste aanleg.<sup>249</sup> Daarnaast kan worden aangevoerd dat niet duidelijk is, waarom deze regel zich beperkt tot het vraagstuk van de bewezenverklaring. De regeling doet bovendien overtrokken aan voor de gevallen, waarin in eerste aanleg door een *unus iudex* recht is gesproken. De invoering van de *unus iudex* in appel in 1987 zet tenslotte de bepaling in algemene zin in een vreemd daglicht. Indien immers een alleensprekende rechter bekwaam genoeg wordt geacht om in appel alleen te beslissen, dan ligt het niet voor de hand om de meervoudige kamer in appel aan eenparigheidsregels te binden.

Ook in de beslissing over de straftoemeting is de appelrechter niet helemaal vrij. De belangrijkste beperking is te vinden in art. 424 lid 2 Sv: indien alleen de verdachte in appel is gekomen, kan hij slechts met eenparigheid van stemmen tot een zwaardere straf worden veroordeeld dan hem in eerste aanleg is opgelegd. Tot 1935 gold de regel dat een verdachte in appel in het geheel niet tot een zwaardere straf kon worden veroordeeld, indien alleen hij appelleerde. In de laatste jaren van haar bestaan werd deze vroegere regeling nogal onder vuur genomen. Zo overwoog de Hoge Raad in een arrest van 19 december 1932, NJ 1933, p. 160 m.nt. T, waarin ten principale recht werd gedaan nadat het appelvonnis van de rechtbank was vernietigd, 'dat op grond van art. 424, 2 Sv de requirant niet tot een zwaardere straf mag worden veroordeeld dan hem bij het vonnis van het Kantongerecht is opge-

247 Vgl. bijv. L.W.M.M. Drabbe, 'Enkele opmerkingen met betrekking tot het hoger beroep in strafzaken', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1968, p. 46-49. Hij wijst er ook op dat deze redenering niet doorslaggevend kan zijn, omdat de rechter in eerste aanleg vaak een alleensprekende rechter is, waardoor de optelsommen heel anders worden. Bovendien vindt hij dat er te weinig rekening wordt gehouden met de stemverhoudingen in eerste aanleg (wanneer dat een meervoudige kamer was). Hij stelt dan ook voor slechts eenparigheid in appel te eisen bij eenparigheid in eerste aanleg. Ingewikkeld wordt het dan allemaal wel.

248 *Bijl. Hand. II* 1909-1910, 44, nr. 1, p. 4, 5.

249 Vgl. de opmerking van D.J. Veegens, *HNJV* 1938-I, p. 8 over art. 424 lid 1 Sv 'dat mij altijd aan de voetbalsport herinnert (als de verdachte met 3-0 is vrijgesproken, moet hij niet in hooger beroep met 1-2 kunnen worden veroordeeld, maar op zijn doelgemiddelde winnen).'

legd, al zou de HR een zwaardere straf meer in overeenstemming achten met den ernst van het gepleegde feit'. Een jaar later brak Pompe de staf over dit artikel: 'Het recht om een rechtsmiddel aan te wenden is den verdachte wel niet uitsluitend in zijn eigen belang gegeven. Ook hier primeert het algemeen belang'. De toenmalige regel van art. 424 lid 2 Sv bevorderde in zijn ogen misbruik door de verdachte, want 'ook al heeft hij geen redelijke gronden om zich over de bestreden uitspraak te beklagen, hij kan er door het rechtsmiddel nooit minder op worden. En hij wint steeds uitstel'.<sup>250</sup>

Bij de Bezuinigingswet uit 1935 werd deze vermoedelijk vooral op 'billijkheid' berustende regeling<sup>251</sup> dan ook afgeschaft op grond van de volgende 'principieele gedachte':

'Het strookt weinig met den publiekrechtelijken aard van het strafproces den hooger rechter bij zijn waardering van den ernst van het strafbaar feit te binden aan het oordeel van den lageren, zelfs nog afgezien van de mogelijkheid dat tijdens de behandeling in beroep omstandigheden kunnen blijken, welke een ander licht werpen op hetgeen in eerste aanleg is bewezen verklaard'.<sup>252</sup>

Deze aansprekende redenering over het hoger beroep zou als 'logische' consequentie met zich moeten meebrengen, dat beperkingen in de straftoemingsvrijheid in appel zouden worden afgeschaft. Zonder nadere toelichting werd in 1935 echter de huidige eenparigheidsregel op deze gedachte gegrondvest. Het is gissen naar de redenen daarvan. Misschien wilde men aansluiten bij de eenparigheidsregel met betrekking tot de bewezenverklaring uit lid 1.

De bezwaren tegen (in ieder geval) de eenparigheidsregel met betrekking tot de straftoemeting zijn nog groter geworden door twee latere wetswijzigingen. Bij de Wet van 26 november 1986, *Stb.* 593 is aan art. 424 een derde lid toegevoegd:

250 Noot onder HR 18 december 1933, *NJ* 1934, p. 298; hij geeft uiting aan in de rechtspraktijk opgelopen irritaties, vooral wanneer hij melding maakt van gevallen, waarin 'de verdachte tijdens de terechtzitting reeds meedeelt in hoger beroep te zullen gaan'.

251 *Bijl. Hand. II* 1913-1914, 286, nr. 3, p. 150, 152.

252 *HEK* 1935-1936, p. 142 en Memorie van Toelichting, *Bijl. Hand. II* 1934-1935, 362, nr. 3, p. 16; in de Memorie van Antwoord werd hier nog het pragmatische argument aan toegevoegd, dat afschaffing van de oude regeling ook een rem op het instellen van appel zou zijn (*Bijl. Hand. II* 1934-1935, 362, nr. 6, p. 43). Gesproken werd ook over 'het beginsel (...) dat de belangen van de justitie en de belangen van de strafferechting medebrengen, dat de appelrechter in de appelinstantie algeheele vrijheid van handelen moet hebben en dus ook ten aanzien van de soort en de mate van de op te leggen straf vrij behoort te zijn' (*HEK* 1935-1936, p. 142).



‘Heeft art. 361a toepassing gevonden, dan kan, indien alleen de verdachte in hoger beroep is gekomen, slechts met eenparigheid van stemmen een beslissing worden genomen welke er toe leidt, dat de som van de ingevolge het vonnis opgelegde en ten uitvoer te leggen straffen of strafgedeelten wordt overschreden’.

Deze ingewikkeld geformuleerde regeling betreft de gevallen, waarin in eerste aanleg naast de gewone vervolging een uitspraak is gedaan over de vordering tot het gelasten van de gehele of gedeeltelijke tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke veroordeling. Op zichzelf is het consequent dat de voorziening in het derde lid van art. 424 Sv is getroffen, maar als bezwaar moet wel worden aangevoerd dat de regeling nogal ingewikkeld wordt.

Dit bezwaar geldt in zekere zin ook voor de bij de Wet van 1 april 1987, *Stb.* 162 ingevoerde regeling in art. 425 lid 2 Sv, waarin niet zozeer een besluitvormingsregel wordt geformuleerd als wel een directe beperking van de beslissingsbevoegdheid van de alleensprekende appelrechter. Deze *unus iudex* mag geen langere vrijheidsbenemende sanctie opleggen dan in eerste aanleg gebeurde.<sup>253</sup> Hierbij geldt niet de voorwaarde dat alleen de verdachte appel heeft aangewend, maar wel wordt vereist dat het om vrijheidsbenemende sancties gaat. Waarom dit op deze manier is geregeld, wordt in de wetgevende stukken niet verklaard.<sup>254</sup> Hieronder zullen wij nog een afzonderlijke paragraaf wijden aan het thema van de alleensprekende rechter in appel. Daarin zal worden aangegeven waarom ook deze beperking niet als juist kan worden aangemerkt.

(b) Wenselijk recht.

De besluitvormingsregels voor de appelrechter, zoals die hierboven naar voren kwamen, moeten naar onze mening worden afgeschaft, omdat ze op een niet gerechtvaardigde beperking van de beslissingsvrijheid van de appelrechter neerkomen. Zo langzamerhand betreft het een bonte groep beperkingen – die overigens een enigszins schimmig bestaan leiden, nu de Hoge Raad heeft beslist dat uit de appelbeslissing niet hoeft te blijken dat deze beperkingen in acht zijn genomen.<sup>255</sup> Als geheel is het een ingewikkelde re-

253 De alleensprekende rechter mag overigens verwijzen naar de meervoudige kamer in appel – art. 411 lid 3 Sv –, die dan natuurlijk weer het oog op art. 424 gericht moet houden.

254 Oorspronkelijk was overigens voorgesteld om de *unus iudex* te verbieden zwaarder te straffen. Wellicht is de beperking tot vrijheidsbenemende sancties opgenomen om enigszins tegemoet te komen aan de vele kritiek op het ontwerp.

255 Zie bijv. HR 15 februari 1932, *NJ* 1932, p. 582, m.nt. T (lid 1) en HR 10 januari 1938, *NJ* 1938, 572 m.nt. T (lid 2). Ten aanzien van art. 426c lid 2 Sv blijkt uit de straftoemeting of deze bepaling in acht is genomen.

geling geworden, zonder enige doorzichtige systematische achtergrond, die alleen maar tot moeilijkheden aanleiding kan geven.<sup>256</sup>

Het belangrijkste bezwaar is dat zulke beperkende besluitvormingsregels geen goede en duidelijke grondslag kennen, hetgeen eigenlijk ook wel blijkt uit het gegeven dat dergelijke beperkingen bij de andere gewone rechtsmiddelen niet bestaan. De regeling staat bovendien op gespannen voet met het karakter van het hoger beroep. De wetgever lijkt de regeling oorspronkelijk te hebben geschapen als een pijnstillertje voor andere maatregelen, ook al strookte dat eigenlijk niet met de door de wetgever gegeven algemene beschouwingen over het hoger beroep. Daarbij werden immers juist benadrukt: de zelfstandigheid van de appelrechter en het algemene belang dat aan het hoger beroep mede ten grondslag ligt.

Bij onze visie op een voortbouwend appel gaat het om een voortgezette procedure, niet om een voortgezette beslissing. Tegelijkertijd zijn de beslissing in eerste en tweede aanleg bij deze karakteristiek niet volstrekt vergelijkbaar of van hetzelfde gewicht. De beslissing in appel is op meer gebaseerd (bijvoorbeeld mede op nieuwe gegevens of gezichtspunten), en daarom ook in theorie beter dan die in eerste aanleg. Dat is immers het wezenlijke resultaat van een voortbouwende behandeling. Bij een hedendaags concept van collegiale rechtspraak past ons inziens overigens evenmin dat rekeningen van individuele rechters worden gemaakt – wij kennen tenslotte evenmin een stelsel van dissenting opinions. Beslissend is wat ‘de’ rechtbank of ‘het’ hof beslist, en of dat bij gewone meerderheid of bij unanimiteit gebeurde, is in ons stelsel niet relevant. De bovenstaande argumenten en de wenselijke eenvoud van de rechtsmiddelenregeling leiden ons tot de conclusie dat ten opzichte van de eerste aanleg de vrijheid van de appelrechter in zijn beslissing voorop moet staan en dat de huidige beperkingen in de beslissingsbevoegdheid van de appelrechter (art. 424 en 425 lid 2 Sv) beter kunnen worden geschrapt en niet door andere beslissingsregels of motiveringsvoorschriften moeten worden vervangen.<sup>257</sup>

256 Hiernaast is bijv. de vraag wat precies een zwaardere straf is, ook niet steeds gemakkelijk te beantwoorden; vgl. hierover H. Mulderije, ‘Het begrip ‘zwaardere straf’ in art. 248 W.v.Sv.’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1921, p. 249-266, en aant. 9 en 11 op art. 424 bij Melai. Dit wordt echt ingewikkeld, indien men te maken krijgt met een partieel appel waarop art. 423 lid 4 Sv moet worden toegepast.

257 Zie t.a.v. art. 424 in deze zin wetsontwerp 28215 over de verruiming van de bevoegdheid van enkelvoudige kamers; om *opportuniteits*-redenen is het schrappen van art. 424 Sv uit dit wetsontwerp gehaald.

#### 4.3.8 Meer ruimte voor een alleensprekende rechter in appel?

##### (a) Inleiding

Voor een evenwichtige verdeling van schaarse middelen verdient ook aandacht het onderscheid tussen afdoening in appel door een meervoudige kamer of door een alleen sprekende rechter. Dit thema is naar geldend recht terug te vinden in de uitzonderlijke mogelijkheid van enkelvoudige afdoening met enkele bijzondere procedurevoorschriften. Hieronder gaan we verder op dit – gevoelige – onderwerp in door eerst de klassieke argumenten in deze discussie te belichten, daarna het geldend recht te beschrijven en vervolgens het ons inziens wenselijke recht te schetsen.

##### (b) Argumenten voor en tegen collegiale rechtspraak

Het aantal rechters waaruit de in strafzaken oordelende rechterlijke instantie zou moeten bestaan is een discussieonderwerp dat sinds de negentiende eeuw regelmatig terugkeert bij de vormgeving van de Nederlandse strafprocedure. Deze discussie betreft zowel de in eerste aanleg als de naar aanleiding van rechtsmiddelen oordelende instanties. Het resultaat van deze gedachtenwisseling is overigens steeds geweest dat het aantal rechters waaruit de verschillende rechterlijke instanties bestaan, afnam.<sup>258</sup>

De vraag naar het gewenste aantal rechters dat een zaak *na het aanwenden van een rechtsmiddel* moet behandelen, hangt samen met de meer algemene vraag uit hoeveel rechters een rechterlijke instantie in strafzaken moet bestaan. Met deze laatste vraag heeft men zich tot nu toe vooral bezig gehouden, waarbij opvallend is dat de discussie doorgaans verengd werd tot de keuze: unusrechtspraak óf collegiale rechtspraak? Wesseling-Van Gent heeft een uitgebreid onderzoek gedaan naar de argumenten die in de loop der tijden in deze discussie gebezigd zijn.<sup>259</sup> Als belangrijkste argumenten voor de rechtspraak door een alleensprekende rechter komen hierbij naar voren dat

258 Zie bijvoorbeeld de Wet van 28 april 1835, *Stb.* 10 (de kantonrechter werd alleensprekend rechter i.p.v. rechter met twee of drie assessoren), de Wet van 5 juli 1910, *Stb.* 180 (aantal raadsheren bij het Hof van zes naar drie en bij de Hoge Raad van zeven naar vijf), de Wet van 5 juli 1921, *Stb.* 833 (invoering van de Politierechter) de Wet van 21 mei 1986, *Stb.* 285 (kamer van drie raadsheren in cassatie mogelijk) en de Wetten van 1 april 1987, *Stb.* 162 (unus iudex in appel). In de wetsgeschiedenis van deze wetten vindt men uitgebreide discussies over dit onderwerp.

259 E.M. Wesseling-Van Gent, 'Argumenten voor unusrechtspraak en voor collegiale rechtspraak en hun invloed op de wetgever', *WPNR* 1984, p. 1-5 en 17-22; zij beperkte zich hierbij voornamelijk tot het civiele recht, maar de gevonden argumenten gelden in grote lijnen ook voor strafzaken. Een recente herhaling van de discussie biedt wetsontwerp 28215 over de verruiming van de bevoegdheid van enkelvoudige kamers.

zo'n unus iudex in de eerste plaats doelmatig zou zijn: hij werkt sneller en is goedkoper. Over de betekenis en het gewicht van dit voordeel lopen de meningen uiteen. Daarnaast wordt verdedigd dat rechtspraak door een alleensprekende rechter meer kwaliteit heeft dan collegiale rechtspraak: de alleensprekende rechter kan zich actiever opstellen en komt 'meer in de nabijheid van de rechtzoekenden'.<sup>260</sup> Een psychologisch voordeel zou bovendien zijn dat de alleensprekende rechter gedwongen wordt 'de zaken grondig te bestuderen en zich telkens van de betekenis van zijn beslissing rekenschap te geven, aangezien hij persoonlijk verantwoordelijk is'.

Hiertegenover staat een aantal argumenten vóór collegiale rechtspraak, waarbij door anderen in de eerste plaats eveneens op de betere kwaliteit wordt gewezen: de kans op het niet of onvoldoende onderkennen van bepaalde aspecten van een zaak is geringer. Meerdere rechters zien meer dan één, zo luidt het belangrijkste argument.<sup>261</sup> Collegiale rechtspraak biedt ook een 'grotere waarborg voor onpartijdigheid en onzijdigheid, omdat menselijke zwakheden en hartstochten een beslissing minder kunnen bepalen'. Een ander voordelig effect is dat de uiteindelijke beslissing meer gezag heeft nu die blijkbaar door meerdere rechters wordt gedragen. Tenslotte zijn ook aan de collegiale rechtspraak wel enige kanten te onderkennen die de doelmatigheid ten goede komen: gebruikmakend van een ieders goede eigenschappen en ervaring is een soepele arbeidsverdeling en werkwijze mogelijk, de opleiding van rechters wordt er in belangrijke mate mee gediend en de continuïteit bevordert.<sup>262</sup>

Wanneer men dergelijke argumenten probeert te waarderen, zijn wij van mening dat de rechtspraak door een unus iudex als voordeel heeft dat het in beginsel inderdaad sneller en goedkoper is. Het zou misschien ook wel kunnen zijn dat zijn zittingen iets gemoedelijker en wat meer informeel zijn. In hoeverre dit als een eenduidig voordeel moet worden beschouwd, is overigens sterk de vraag. Wellicht komt de verdachte iets meer tot zijn recht, maar misschien boet bijvoorbeeld de rechtsgang ook wel aan gezag in en imponeert zij minder. Daartegenover staat in onze ogen onmiskenbaar de

260 Zo sprak de minister van Justitie in de memorie van toelichting ter verdediging van de politierechter over 'een vereenvoudigd en bespoedigd, overwegend mondeling strafproces, waaraan een zekere gemoedelijke kant niet hoeft te ontbreken, en dat ook uit dien hoofde wel bij ons volkskarakter schijnt te passen. Meer dan bij andere rechtbankzaken zal het zwaartepunt der behandeling van zaken, waarvan de politierechter kennis neemt, ter terechtzitting komen te liggen. Dit moet aan de ontworpen procedure van den politierechter een betrekkelijk groote mate van frischheid geven' (*Bijl. Hand. II* 1919-1920, 309, nr. 3, p. 6).

261 Zo ook Th.W. van Veen, 'De unus iudex in appel bij strafzaken', *Trema* 1983, p. 4.

262 Wesseling-Van Gent, *t.a.p.*, p. 4, 5.

hogere kwaliteit van de collegiale rechtspraak: de besluitvormingsprocedure waarbij meerdere beoordelaars hun visie geven en vervolgens bespreken, is onmiskenbaar beter te noemen. Ook de uiterlijke kant speelt hier een belangrijke rol: voor het aanzien en het gezag van de rechtspleging is collegiale rechtspraak beter. De efficiëntievoordelen verbonden aan de collegiale rechtspraak spreken vooral bij de berechting van zeer ingewikkelde zaken en zouden pas echt klemmend worden in de situatie dat er vooral recht gesproken zou worden door alleensprekende rechters. Kwaliteit heeft een zekere prijs, zou men kunnen samenvatten.<sup>263</sup> Daarmee is echter nog niet de vraag beantwoord in welke zaken een zeker verlies van doelmatigheid gerechtvaardigd wordt door de winst aan kwaliteit en het vinden van een antwoord zal ook niet gemakkelijk zijn nu de precieze omvang van deze twee variabelen niet is vast te stellen.

De discussie over unusrechtspraak tegenover collegiale rechtspraak ondergaat enige belangrijke accentverschuivingen, wanneer het gaat om het aantal rechters waaruit de naar aanleiding van een rechtsmiddel oordelende rechterlijke instantie moet bestaan. In de eerste plaats wint dan het argument, dat de collegiaal genomen beslissing meer gezag heeft, aan kracht. Een belangrijk aspect van rechtsmiddelen is immers dat zij de strafrechtspleging, zowel in een concreet geval als in het algemeen, gezag en aanzien verlenen. Bij rechtsmiddelen is bovendien sprake van controle van een bestreden rechterlijke beslissing. Voor het gezag en de aanvaarding van de uiteindelijke rechterlijke beslissing is het dan bevorderlijk, wanneer naar aanleiding van het rechtsmiddel evenveel of meer rechters oordelen dan dat bij de bestreden beslissing het geval was. Op dit moment is de rechtsmiddelenregeling in strafzaken ook in deze zin opgebouwd. Daarnaast is regelmatig voor het mogelijk maken van een alleensprekende rechter in eerste aanleg het argument gebedigd dat bij het hoger beroep de collegiale rechtspraak voorop stond. De nadelen van de unus iudex in eerste aanleg konden hierdoor als het ware worden gecompenseerd.<sup>264</sup> Dat past op zichzelf bij de compensatiefunctie die het appel mede heeft. Het 'kwaliteitsargument' van de collegiale rechtspraak is in de rechtsmiddelen sfeer tenslotte van groter belang nu de zaak steeds definitiever beslist wordt: het einde van het geding komt in zicht.

Deze overwegingen leiden ons tot de conclusie dat bij hoger beroep collegiale rechtspraak op zichzelf vanuit kwaliteits-overwegingen de voorkeur verdient. Dat het daarbij om een college van drie rechters gaat, lijkt on-

263 Dit standpunt wordt in wezen ook ingenomen in de recente Memorie van Toelichting bij wetsontwerp 28215 over de vernieuwing van de bevoegdheid van enkelvoudige kamers (*Kamerstukken II* 2001/2, nr. 3).

264 Zie hierover in samenvattende zin Wesseling-Van Gent, *t.a.p.*, p. 20.

omstreden; meer is niet realistisch, minder is ongewenst uit een oogpunt van besluitvormingstechniek (bijvoorbeeld bij het staken van stemmen).

(c) Geldend recht

‘In het kader van een reeks van wetsvoorstellen die strekken tot een zo doelmatig mogelijke inrichting van de rechtspleging en tot verantwoorde bezuinigingen van de op de justitiebegroting drukkende uitgaven’ is in 1985 een wetsontwerp ingediend dat de appelrechtspraak door een *unus iudex* mogelijk maakt.<sup>265</sup> Daarbij werd vooral gewezen op de algemene aanvaarding van de *unus iudex* in eerste aanleg. Bovendien, met deze politierechter ‘zijn de justitiabelen in het bijzonder vertrouwd geraakt’. Tenslotte werd ‘een grote waarde’ toegekend aan de voordelen van *unusrechtspraak* in het algemeen:

‘grote betrokkenheid en verantwoordelijkheid van de *unus* bij de strafzaak, direct contact tussen de voor de beslissing verantwoordelijke rechter en de verdachte, sterk accent op de behandeling ter terechtzitting’.<sup>266</sup>

Wat dit laatste aspect betreft is het naar ons oordeel overigens onduidelijk waarom er bij de *unus iudex* een sterker accent op de behandeling ter terechtzitting zou liggen dan bij het rechterlijk college. De waarde van de twee andere genoemde voordelen werd hierboven reeds in twijfel getrokken.

Men ontkomt niet aan de indruk dat de voordelen enigszins krampachtig onder de aandacht worden gebracht. Dat hield wellicht verband met het gegeven dat het draagvlak voor het wetsontwerp binnen de juridische wereld gering was. De Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, de Hoge Raad, het Parket bij de Hoge Raad, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten gaven als hun mening te kennen dat een alleensprekende rechter in appel in strafzaken bepaald niet gewenst is.<sup>267</sup> In hun adviezen worden de hierboven al behandelde voordelen van de collegiale rechtspraak aangehaald, waarbij vooral gewezen wordt op de argumenten die specifiek voor collegiale rechtspraak bij rechtsmiddelen pleiten. Vooral ‘het gezag en de aanvaardbaarheid’ van een collegiaal tot stand gekomen appeluitspraak worden benadrukt. Dat klemmt temeer nu in

265 Memorie van toelichting, *Bijl. Hand. II* 1984-1985, 19.033, nrs. 1-3, p. 5; een samenhangend wetsontwerp (18978) had betrekking op de mogelijkheid om in cassatie met een kleine kamer van drie raadsheren te beslissen.

266 Memorie van toelichting, *Bijl. Hand. II* 1984-1985, 19.033, nrs. 1-3, p. 12.

267 De adviezen van deze instanties zijn samengevat in de memorie van toelichting (*Bijl. Hand. II* 1984-1985, 19.033, nrs. 1-3, p. 9-16).

hoger beroep de juistheid van een rechterlijke beslissing wordt onderzocht en de appelrechtspraak ook een functie in de bevordering van de rechtseenheid heeft: de lagere rechter neemt de beslissingen in hoger beroep bij zijn oordeelsvorming immers tot richtsnoer, zoals de Staatscommissie Herziening RO opmerkt. Bovendien werd getwijfeld aan de doelmatigheid van de alleensprekende rechter in hoger beroep: ‘intern overleg en coördinatie’ zouden dan meer tijd vergen, terwijl de Hoge Raad op de procestechnische ingewikkeldheid van de appelrechtspraak wees. De moeilijkheden die daarvan het gevolg zijn

‘houden geen verband met de al dan niet eenvoudige aard van de zaak zelf en zullen over het algemeen ook niet aanstonds zijn te onderkennen voor degene die in het voorgestelde systeem is belast met de toedeling van zaken aan meervoudige en enkelvoudige kamers’.

Alleensprekende rechters zullen daarbij meer fouten maken, hetgeen weer zal leiden tot meer geslaagde cassatieberoepen, zo werd gevreesd.

Alle kritiek weerhield de wetgever er niet van de *unus iudex* in appel in te voeren. Centraal stond daarbij uiteindelijk toch de kostenbesparing. Kenmerkend lijkt de stelling: ‘in dit huidige tijdsgewricht kan het niet meer gaan om de meest ideale situatie te realiseren, maar om datgene te bereiken wat goed genoeg is’. Collegiale rechtspraak in alle appelen was daarbij ‘te veel van het goede’.<sup>268</sup>

Sinds 1987 kan hoger beroep dan ook door een alleensprekende rechter worden behandeld voor zover het appel is gericht tegen vonnissen van de kantonrechter en voor de politierechtersvonnissen terzake van het misdrijf van art. 8 of 163 WvW. In 2002 is deze materie opnieuw geregeld in verband met de herziening van de rechterlijke organisatie. Tot wezenlijk inhoudelijke veranderingen heeft dat niet geleid. Maar dat kan alleen indien deze vonnissen voldoen aan de twee voorwaarden van art. 411 lid 2 Sv: 1°. de verdachte is ter zake van hetgeen in eerste aanleg te zijnen laste bewezen is verklaard een straf of maatregel opgelegd, en tevens: 2°. de zaak is van eenvoudige aard. Welke zaken daadwerkelijk door de alleensprekende rechter behandeld worden, bepaalde niet het Openbaar Ministerie (vergelijk art. 369 Sv), maar de voorzitter van de rechterlijke instantie of van de meervoudige kamer (art. 426c lid 1-oud Sv), maar in 2002 is die bevoegdheid (terecht) naar het OM overgeheveld (art. 411 lid 2 Sv). De alleensprekende rechter in appel is niet bevoegd tot de oplegging van een straf of maatregel, die vrij-

268 Memorie van toelichting, *Bijl. Hand. II* 1984-1985, 19 033, nrs. 1-3, p. 11, 12.

heidsbeneming van langere duur met zich meebrengt dan het vonnis in eerste aanleg deed.<sup>269</sup> De *unus iudex* kan in dergelijke gevallen, maar ook indien hij dat om een andere reden wenselijk acht, naar de meervoudige kamer verwijzen (art. 411 lid 3 Sv).

De bedoeling is dat eenvoudige strafzaken in appel door de *unus iudex* berecht kunnen worden, vandaar de aan de regeling van de politierechter ontleende criteria van eenvoud (vergelijk art. 369 Sv) in de tweede voorwaarde. Ook de eerste voorwaarde bedoelt deze gedachte tot uitdrukking te brengen: indien in eerste aanleg geen straf of maatregel ter zake van ‘het-geen te zijnen laste bewezen is verklaard’ is opgelegd, is de zaak blijkbaar niet eenvoudig.<sup>270</sup>

Omdat misdrijven in het algemeen een ernstiger inbreuk op de rechtsorde vormen en met zwaardere straffen bedreigd worden dan overtredingen, moest volgens de minister van Justitie bij misdrijven hoger beroep met collegiale rechtspraak voorop blijven staan.<sup>271</sup> Maar een – zeker ook kwantitatief – belangrijke uitzondering is gemaakt voor de verkeersmisdrijven onder invloed rijden en weigeren van medewerking aan een daarop betrekking hebbend onderzoek (voorzover dat misdrijf in eerste aanleg door de politierechter werd afgedaan). Deze zaken zouden ‘in de regel (...) van eenvoudige aard zijn en niet van zodanige ernst dat zij in hoger beroep steeds door een meervoudige kamer dienen te worden behandeld’. Bovendien gaat het om ‘een veelvuldig gepleegd delict’.<sup>272</sup>

De regeling is op dit punt nogal halfslachtig. Het lijkt er toch sterk op dat hier uitsluitend de frequentie van vervolging van dit misdrijf de doorslag heeft gegeven. Het gaat immers niet om de minst ernstige misdrijven en de berechting is in beginsel ook niet direct eenvoudig. Vooral ten aanzien van het bewijs (met name het bestanddeel ‘een onderzoek’) en ten aanzien van de strafoplegging (bijvoorbeeld de ontzegging van de rijbevoegdheid)<sup>273</sup> kunnen deze misdrijven gecompliceerde vragen oproepen. Het zou in het systeem van het bestaande wetboek meer voor de hand hebben gelegen – want dat is toch ook een meer gebruikelijke wetgevingstechniek – om de categorie ‘minder ernstige misdrijven’ abstract te omschrijven, door bijvoorbeeld aan te sluiten bij het wettelijk strafmaximum. Bovendien zouden bij

269 Art. 425, lid 2 Sv; in het oorspronkelijke ontwerp mocht de *unus iudex* in appel in het algemeen geen zwaardere straf of maatregel opleggen.

270 Memorie van toelichting, *Bijl. Hand. II* 1984-1985, 19 033, nr. 1-3, p. 18.

271 Memorie van toelichting, *Bijl. Hand. II* 1984-1985, 19 033, nr. 1-3, p. 7.

272 Memorie van toelichting, *Bijl. Hand. II* 1984-1985, 19 033, nr. 1-3, p. 7.

273 Zie K.E. van Tuijn, *Botsende belangen. De afweging tussen mobiliteit en verkeersveiligheid bij intrekking van de rijbevoegdheid* (diss. KUB Tilburg), Deventer 1998.



een abstracte omschrijving van delicten problemen kunnen worden vermeden die ontstaan indien de verkeersmisdrijven in een samengestelde tenlastelegging zijn verwerkt.

Een ander problematisch aspect van de regeling lijkt ons gelegen in art. 425 lid 2 Sv dat de alleensprekende rechter in appel zelf (hij mag wel verwijzen naar de meervoudige kamer) geen langere onvoorwaardelijke vrijheidsbenemende sanctie mag opleggen dan in eerste aanleg is gebeurd. Een dergelijk voorschrift past enerzijds slecht bij het rechtsmiddel hoger beroep, dat toch gezien moet worden als een zowel de verdachte als het Openbaar Ministerie ter beschikking staand rechtsmiddel, waarbij de appelrechter vrij is in zijn beslissing. Anderzijds is niet duidelijk waarom de bepaling zich beperkt tot onvoorwaardelijke vrijheidsbenemende sancties, hetgeen merkwaardige verschillen met art. 424 Sv (de unanimiteitsregel) oplevert.<sup>274</sup>

Weinig doelmatig lijkt tenslotte de oude regeling dat de bevoegdheid om het hoger beroep in een bepaalde zaak bij de *unus iudex* of bij de meervoudige kamer aan te brengen, bij de rechterlijke instantie zelf ligt (art. 426c lid 1-oud Sv). Dit vergt een voorlopig oordeel over de zaak voor wat betreft de eenvoud en de vermoedelijk op te leggen straf. Zeker als aan deze besluitvormingsprocedure enige inhoud wordt gegeven, brengt dat extra werk voor de rechter met zich mee, hetgeen de beoogde doelmatigheidsbevordering en kostenbesparing enigszins ondergraaft. Deze toedeling lijkt – in lijn met art. 369 Sv – meer op de weg van het OM te liggen en dat is in 2002 dan ook terecht zo geregeld (art. 411 lid 2 Sv).

Deze drie punten in de uitwerking van de regeling van de *unus iudex* zouden naar onze mening aanpassing verdienen.

#### (d) Schets toekomstig recht

Hoe moeten de discussies over *unus*- en collegiale rechtspraak en de keuzes die daarin door de wetgever zijn gemaakt tegenwoordig worden gewaardeerd, en hoe past dit thema in de voorstellen die eerder in dit project zijn uitgewerkt? Op zichzelf zou los van doelmatigheidsoverwegingen naar onze mening collegiale rechtspraak in appel de voorkeur verdienen. Inhoudelijk gezien wegen de argumenten daarvoor aanmerkelijk zwaarder dan de argumenten voor *unus*rechtspraak. Maar tegelijkertijd moeten wij constateren dat dit uitgangspunt in de praktijk inderdaad ‘teveel van het goede’ lijkt en geen optimale verdeling van schaarse middelen bewerkstelligt. Het uitgangspunt is ook te algemeen, te weinig toegespitst op wat er in een bepaalde zaak –

<sup>274</sup> In het voorafgaande onderdeel van deze par. hebben wij overigens de afschaffing van deze regel bepleit.

zeker gelet op de inbreng van de procespartijen – op het spel staat.<sup>275</sup> Als voorbeeld moge dienen het veelvuldig appel in verstekzaken waarin in eerste aanleg een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf is opgelegd en de kernvraag in appel is of een taakstraf mogelijk is of de zaken waarin alleen de hoogte van de straf onderwerp van discussie is. Anders gezegd: in appel bestaat vaak over veel onderwerpen ‘overeenstemming’ en spitst het debat zich toe op enkele specifieke punten die niet noodzakelijkerwijze complex van aard zijn.

Ten behoeve van een goede verdeling en een nieuw evenwicht menen wij dat het aanbeveling verdient om het terrein voor de alleensprekende rechter in appel wettelijk uit te breiden. In de praktijk is dan vervolgens denkbaar dat aandacht wordt besteed aan de persoon van de unus in appel: het lijkt verstandig bijvoorbeeld ervaren raadsheren als unus aan te wijzen. Daarover zouden nadere afspraken kunnen worden gemaakt. Weliswaar hebben zulke waarborgen in de personele sfeer een betrekkelijk karakter, anderzijds blijkt ook nu al dat in de praktijk zulke afspraken functioneren, doordat anders dan in eerste aanleg bijvoorbeeld alleen kamervoorzitters als unus in appel fungeren en zeker geen raadsheren-plaatsvervangers. Zeker in de huidige organisatie van de rechterlijke macht lijkt het goed denkbaar dat op dit gebied nadere beleidsregels worden ontwikkeld, niet alleen ten aanzien van de inzet van bepaalde personen als unus, maar ook ten aanzien van het type zaak dat zich in beginsel voor enkelvoudige afdoening leent.<sup>276</sup> Daarbij komt dat niet alleen naar geldend recht, maar zeker ook naar toekomstig recht steeds de mogelijkheid van verwijzing naar de meervoudige kamer in appel mogelijk is. Partijen kunnen verzoeken dat van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt. In zaken waarin het redelijkerwijs gewenst of nodig is dat een college in appel over de zaak oordeelt, kan dat derhalve steeds worden bewerkstelligd. Daarbij kan in sterke mate bepalend zijn wat in appel blijkt te spelen, hoe de procespartijen de inzet van de appelprocedure zien. Ook in het civiele en bestuursprocesrecht bleek veel nadruk te liggen op de verwijzingsmogelijkheid en daarmee op de eigen verantwoordelijkheid van de rechter en op de bijzonderheden van het concrete geval (zie paragraaf 3.3). Bovendien kan bij het appointeren rekening worden gehouden met de

275 Daarom vinden wij het bezwaar van P.A.M. Mevis, ‘Noodplan Schiphol’, *NJB* 2002, p. 265-267 (‘Hoger beroep moet een meerwaarde hebben en daarmee verdraagt zich enkelvoudige afdoening slecht (...) Die meerwaarde vraagt om de aandacht van meer rechters en dat wordt door velen in de gerechtshoven ook zo gevoeld’) te algemeen en te gevoelsmatig. De meerwaarde van appel schuilt naar ons oordeel ook vooral in het voortbouwende karakter.

276 Hierop wordt eveneens gewezen in de Memorie van Toelichting bij wetsontwerp 28215 over de verruiming van de bevoegdheid van enkelvoudige kamers (*Kamerstukken II* 2001/2, nr. 3, p. 6, 7).

in een schriftuur naar voren gehaalde bezwaren tegen de eerste aanleg, zeker nu naar ons idee deze schriftuur meer gewicht krijgt.

Wanneer voor de inrichting van de strafprocedure vergaand gewicht wordt toegekend aan wat er op het spel staat – een hoofdlijn in dit onderzoeksproject – dan ligt het op zichzelf in de rede om die gedachte ook bepalend te laten zijn voor de inzet van een *unus iudex* in appel. Waar met het oog hierop in eerste aanleg berechting door een alleensprekende rechter aangewezen leek, zou in appel hetzelfde uitgangspunt kunnen worden gehanteerd.<sup>277</sup> We spreken dan in het bijzonder over het tweede spoor. Niet zozeer de eenvoud van de zaak als wel de concrete ernst ervan zou dan in de eerste plaats richtinggevend moeten zijn. Complexiteit kan wel een reden voor meervoudige afdoening en daarmee voor appointering bij of verwijzing naar de meervoudige kamer zijn, maar de eenvoudscriteria uit art. 411 lid 2 Sv kunnen ons inziens beter worden geschrapt. Op deze manier kan – in vergelijking met het huidig stelsel – belangrijke winst voor een doelmatige afdoening van het strafproces worden geboekt, met behoud van een adequaat niveau van rechtsbescherming. Die winst kan heel wenselijk zijn nu andere voorstellen uit dit project extra inzet kunnen vragen.

Waar een zaak in eerste aanleg door een meervoudig college is berecht, moet uitgangspunt zijn dat het gewicht van de zaak dan kennelijk zodanig is dat ook in appel meervoudige rechtspraak aangewezen is. Dat is bovendien noodzakelijk ten behoeve van het gezag van de uitspraak van de appelrechter. Weliswaar is hierboven voorgesteld om de huidige bijzondere beslissingsregels over de eenparigheid voor de appelrechter te schrappen, dat neemt niet weg dat de aanvaardbaarheid van de appelrechtspraak te zwaar onder druk wordt gezet indien een alleensprekende appelrechter zou oordelen over een door een meervoudige kamer in eerste aanleg gegeven uitspraak.

Wij menen dus dat unusrechtspraak in appel in beginsel mogelijk moet worden in al die zaken die in eerste aanleg door een *unus* zijn berecht. De aanvaardbaarheid van dit voorstel hangt nauw samen met de vraag waar dan voor de eerste aanleg de grens wordt gelegd. Die grens verdient aandacht en krijgt door ons voorstel nog meer belang. Ons inziens ligt een uitbreiding van die grens niet in de rede; dan zou de unusrechtspraak in het hele systeem van strafvordering wel erg veel gewicht krijgen.<sup>278</sup> Steeds en in elke fase van

277 Vgl. H.H.A. Fransen, 'Naar een evenwichtiger rechtsbescherming bij gerechtshoven', *NJB* 2001, p. 804, 805, die ook intern rechtsvergelijkend wijst op het te grote contrast met de afdoening van fiscale zaken door de hoven.

278 Voorlopig anders: wetsontwerp 28215, waar in eerste aanleg de grens bij 1 jaar gevangenisstraf en in tweede aanleg bij zes maanden wordt gelegd.

het appelgeding moet verwijzing naar de meervoudige kamer tot de bevoegdheid van de unus behoren. Al eerder tekenden wij bij de nadere uitwerking in het geldend recht aan dat het beter zou zijn wanneer ook de alleensprekende appelrechter vrij is in zijn beslissing en niet door bepaalde beperkingen wordt gehinderd (anders art. 425 lid 2 Sv). Zo kan worden bijgedragen aan een effectief appel in strafzaken.

